

**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 LIX
MMVI**

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2008

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://www.060.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la
suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

NIPO (BOE): 007-08-042-6
NIPO (M. de Justicia): 051-08-012-5
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

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

Dependencia e independencia del Derecho penal
con respecto a la política, la filosofía, la moral
y la religión (*)

CLAUS ROXIN

I.

El Derecho penal es un instrumento de dirección y control social. Debe evitar las formas más graves de comportamientos incompatibles con la sociedad mediante la amenaza y, llegado el caso, mediante la imposición, aplicación y ejecución de penas. Pero, ¿cómo se puede determinar qué clase de comportamientos socialmente intolerantes están necesitados de pena?

¿Puede la mayoría parlamentaria decidir a su arbitrio que se castigue penalmente, por ejemplo, las críticas al gobierno o a la propia nación, o, como ha sucedido en Alemania (1), que se castigue, por razones de política exterior, el restar importancia a los delitos del nacionalsocialismo? Esto significaría la dependencia del Derecho penal de las respectivas relaciones de poder político.

¿O debe el Derecho penal orientarse a la Filosofía, como hacen no pocos autores en la Ciencia alemana? Esto sucedió con *Kant*, el cual es considerado como el más grande filósofo alemán, quien defendió,

(*) Traducción del original alemán «Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion» a cargo de Dulce M. Santana Vega. El texto se corresponde con sendas conferencias impartidas en la Universidad Complutense de Madrid, con ocasión de la presentación de la edición española del libro *La teoría del bien jurídico. Legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático* (editorial Marcial Pons), y en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

(1) En el § 130, párrafo 3 del StGB.

por razones filosóficas, que a cada delito le correspondía, en atención a su gravedad, la correspondiente retribución y así, por ejemplo, cada homicidio doloso debía ser castigado con la pena de muerte. *Kant* deducía tal planteamiento de la idea de Justicia, a la cual concebía como una ley de la razón práctica inviolable e independiente de todo fin social: «Porque si la Justicia sucumbe, no tendrá ya ningún valor la vida de los seres humanos sobre la tierra» (2). Todavía hoy en la actualidad, como pondré de manifiesto más adelante, se recurre también, no en pocas ocasiones, a argumentaciones filosóficas para solventar concretos problemas jurídico-penales.

Una tercera dirección sostiene que el Derecho penal tiene que sintonizar con la moral colectiva dominante de una sociedad. Por lo que bastará para la obtención de la amenaza penal que un comportamiento sea desaprobado por la gran mayoría de las personas que conforman la sociedad. En este caso se tenderá a prohibir con una pena, por ejemplo: el adulterio o comportamientos escandalosos para la moral sexual. O se podría conminar con penas el uso de determinadas vestimentas o peinados que sean considerados como provocativos e inapropiados. También la lesión de los sentimientos –morales, religiosos o patrióticos– podría ser objeto del Derecho penal.

Finalmente, y en cuarto lugar se puede convertir en pauta de conducta del Derecho penal a los dogmas religiosos. En este sentido –valiéndonos de un tema de discusión actual– se puede fundamentar la punición del homicidio consentido o la cooperación al suicidio en que la vida humana es un regalo de Dios y en que su fin sólo debe ser fijado por éste, es decir, por la inexorable extinción biológica de la vida. O se puede someter a pena las alteraciones en la herencia genética con la fundamentación de que con ello se interfiere de manera inadmisible en el orden divino de la creación.

Todos estos cuatro ámbitos señalados –política, filosofía, moral social y religión– han tenido en el pasado cierta influencia sobre parte del Derecho penal lo que, hasta cierto punto, se evidencia todavía hoy. Pero, esto no puede significar que el Derecho penal, sustentado en los principios científicos de la teoría del Estado, se deba abrir ilimitadamente a tales influencias, porque entonces el Derecho penal sería un fenómeno histórico expuesto a la influencia de normas de muy diferente fundamentación y no tendría ningún objeto que procediera de una función propia. En consecuencia, la variabilidad y discrecionalidad de su contenido tendría, desde un punto de vista político-crimi-

(2) KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en Weischendl (ed.), obras en seis volúmenes, t. 4, Darmstadt, 1956, p. 453.

nal, un resultado fatal porque cada punición pondría en peligro la existencia social del afectado. Para intervenciones de tal gravedad, como las previstas por el Derecho penal, no son en modo alguno suficientes las infracciones de reglas de conducta que se hayan desarrollado en algún ámbito cultural. Es más, la libertad humana se ahogaría ante una inundación de disposiciones penales de diversa procedencia.

Por eso, el Derecho penal debe fijar ampliamente y por sí mismo su contenido sobre la base de la función que le corresponde desempeñar en la organización estatal. A continuación nos dedicaremos a la cuestión relativa a cómo puede suceder esto y qué influencias extrapenales son válidas y admisibles.

II.

A raíz de los esfuerzos conceptuales político-criminales y de teoría del Estado de la Ilustración europea, se ha consagrado en las democracias parlamentarias, no sólo europeas, la concepción de que el Derecho penal tiene la función de asegurar a los ciudadanos de un Estado una convivencia pacífica. Pero, al mismo tiempo, ha de garantizarles también tanto los derechos humanos y la libertad de acción, en la medida que sea compatible con la exigencia de aseguramiento de la paz social (3).

La Teoría del Estado se basa en el modelo de pensamiento ilustrado del contrato social, el cual sirve de base a las modernas democracias. Según esto los ciudadanos confían al Estado únicamente la violencia penal, renunciando a ejercer la justicia por su cuenta, para que con ello aquél le proteja contra los ataques de terceros y le facilite una vida en paz y libertad. Pero, esta cesión se extiende solamente a lo que sea necesario para la consecución de la función estatal de protección. Por lo tanto, el Derecho penal se tiene que limitar a asegurar las condiciones de una coexistencia sin riesgos. En la realización de esta función habrá que observar dos limitaciones.

En primer lugar, el estado debe dejar intactos los derechos fundamentales y humanos de sus ciudadanos. Así, por ejemplo, debe respetar la dignidad humana o la libertad de opinión de sus ciudadanos, incluso cuando a través de su vulneración –por ejemplo, la tortura del

(3) Una exposición más detallada de la concepción aquí esbozada se encuentra en la 3.ª ed., 2006, tomo primero, de mi *Manual de Derecho Penal*, Parte General, § 2, marginal 2-129, pp. 14-57.

sospechoso o la represión de las opiniones de la oposición— se puedan evitar mejor los delitos o asegurar más fácilmente la tranquilidad y el orden. Esta limitación de la violencia estatal se basa en que el Estado que no respeta los derechos humanos puede generar una comunidad violenta, pero no puede asegurar una vida en común libre, como lo exige la idea de una Democracia constitucional.

En segundo lugar, el estado debe renunciar a la utilización del Derecho penal en aquellos casos en los que el fin de asegurar la libertad se pueda conseguir con medios menos gravosos que la pena, ya que sólo será necesario atribuir la violencia penal al estado en aquellos casos en los que su intervención sea imprescindible.

Las realidades que son necesarias para una convivencia social pacífica y en libertad, las denominamos «bienes jurídicos». Existen bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, etc., pero también hay bienes jurídicos colectivos como la administración de justicia e incluso el crédito tributario; pues sin una justicia que funcione y sin los impuestos necesarios para la realización de las funciones del estado no sería posible una vida segura en la sociedad moderna. Por tanto y en resumen, si partimos de la primera limitación más arriba aludida, la función del Derecho penal será la protección de los bienes jurídicos, sin perjuicio de los derechos humanos.

Pero esa protección de los bienes jurídicos, respetuosa con los derechos humanos no se le confiere al Derecho penal sin restricciones, sino sólo en el caso de que no sean suficientes otras medidas estatales menos rigurosas para su protección. Así pues, la función del Derecho penal se caracteriza no sólo por la salvaguarda de los derechos humanos, sino también por la protección subsidiaria de los bienes jurídicos.

Esto significa para nuestro tema que política, filosofía, moral social y religión sólo deben influir en el Derecho penal en la medida que se mantengan en el ámbito que he descrito al establecer las funciones del Derecho penal. Con ello, tendremos un fundamento que nos permitirá afrontar la relación del Derecho penal con los denominados ámbitos de influencia de forma algo más concreta.

III.

Comenzaré con la política. Está claro, después de todo lo dicho, que la política no tiene derecho a reprimir la crítica o las opiniones discrepantes con la ayuda del Derecho penal (aun cuando esto suceda

en muchos países de la Tierra), ya que éste debe asegurar la vida en libertad de sus ciudadanos y esta libertad sólo se debe limitar cuando exista un comportamiento lesivo de bienes jurídicos.

Sin embargo, también se excede la política de sus atribuciones cuando combate con medios jurídico-penales casos graves de comportamientos políticos incorrectos. Cuando alguien compara al Presidente de los Estados Unidos con Adolf Hitler, cuando alguien discute la responsabilidad de Alemania en la Segunda Guerra Mundial o cuando se resta importancia al Holocausto, no sólo estamos ante falsedades históricas, sino también ante declaraciones altamente indeseables, porque generan indignación y pueden lesionar la imagen de Alemania en el mundo. Pero, la libertad y seguridad de los ciudadanos no están amenazadas por tales manifestaciones políticas graves y sin sentido que, por tanto, no son objeto del Derecho penal al estar amparadas por la libertad de opinión.

La política debería hacer frente a tales manifestaciones a través de la información y la demostración categóricas del propio punto de vista o, si acaso, mediante sanciones políticas. Así, dicho sea de paso, la eficiente Ministra que hizo la comparación entre Hitler y Bush perdió su puesto por esta causa. Por el contrario, la creación de una amenaza penal para la «lesión de la reputación alemana» hubiese sido desacertada. Lo mismo vale para el precepto penal relativo a la «ofensa a la identidad turca», la cual se incluye todavía en el nuevo Código penal turco (4), siendo un instrumento político para luchar contra críticas indeseadas, pero sin tener ningún objeto de protección palpable.

También el legislador alemán ha reaccionado con una amenaza penal en los supuestos a los que aludí en los que se resta importancia al Holocausto y tanto más en los de negación del mismo. Me parece extremadamente reproable que se dé poca importancia a los delitos del nacional-socialismo. Pero, en la medida que éstos no estén ligados a manifestaciones agresivas contra determinados sectores de la población perseguidos por los nazis, su rechazo debe realizarse ante la opinión pública y por medio de la ciencia. Como he señalado, la protección del reconocimiento de hechos históricos no es función del Derecho penal. Bajo esta disposición se halla el empeño político de desmarcar a la moderna Alemania de los delitos de la dictadura de Hitler, permitiendo que aparezca bajo una luz más positiva. Esto es una fijación de objetivos razonables, pero el Derecho penal no es ningún medio legítimo para su promoción.

(4) Artículo 301 del Código Penal turco de 2005. Sobre la Parte General del nuevo Código Penal turco, más detalladamente, ROXIN/ISFEN, *GA*, pp. 288 ss.

El Derecho penal tampoco debería ser puesto al servicio de meras aspiraciones políticas, en cuanto que su función es independiente de la Política. No obstante, en la protección subsidiaria de bienes jurídicos protectores de derechos humanos, la política tiene una importante y, en algunas ocasiones, una decisiva última palabra. Esto sucede en la determinación de lo que puede valer como bien jurídico, ya que no es algo que permanezca siempre igual, sino que está sujeto al cambio de las circunstancias.

Como ejemplo del primer caso elegiré el aborto, cuyo tratamiento jurídico-penal, no por casualidad, está regulado internacionalmente de forma muy diversa. El embrión no es ningún bien jurídico en la medida de que su existencia o inexistencia no afecta a la vida en común libre y segura de los seres humanos. Por ello, muchas mujeres conciben en relación al embrión que éste es una cuestión privada de ellas: «Mi vientre me pertenece». Pero, por otra parte, el embrión es un ser humano en potencia con todas las aptitudes del mismo, el cual en el avance de su evolución se aproxima más y más a la naturaleza de un ser humano vivo. También hay que considerar que el aborto en los casos en los que llegue a ser un fenómeno masivo, puede afectar parcialmente a la vida de la sociedad.

Si, eventualmente, se quisiera atribuir al embrión, a partir de un determinado momento, la cualidad de bien jurídico, se podrían dar respuestas muy diversas: desde la fecundación, a partir de la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, una vez transcurridos los tres meses de embarazo, a partir de que alcance la capacidad para vivir fuera del claustro materno, pero también en todos estos casos se discute su cualidad como bien jurídico. Algunos países castigan el aborto en cualquier fase del embarazo, en otros está despenalizado. La mayoría opta por establecer etapas en el camino desde la fecundación hasta el nacimiento para el reconocimiento como bien jurídico o afirman su cualidad de bien jurídico, permitiendo, sin embargo, el aborto cuando concurren determinadas indicaciones. A menudo se combinan también ambas soluciones. No pretendo ahora decidir entre las numerosas y posibles regulaciones, sino sólo mostrar que se trata, en último término, de una decisión política. Esto significa que en los casos dudosos –¡sólo en éstos!– al valorar la cuestión de si existe un bien jurídico y en qué medida debe ser protegido, la política ejercerá una influencia decisiva sobre el Derecho penal.

La influencia de la política condiciona la variabilidad del concepto de bien jurídico, pudiendo servir como ejemplo el Derecho penal medioambiental. En tiempos pasados el medio ambiente no era ningún bien jurídico porque las posibilidades técnicas e industriales de los

seres humanos no eran suficientes para destruir las condiciones naturales exigidas para una vida sin riesgos. Una excepción a esto lo constituyó la contaminación del agua potable; por consiguiente la contaminación de los pozos de agua es una de los tipos penales más antiguos.

En la actualidad, por el contrario, es posible mediante la contaminación medioambiental, a través de la deforestación o la explotación abusiva de los recursos naturales convertir comarcas enteras en inhabitables o que su población quede expuesta a graves peligros para la salud. Esta evolución debe hacer surgir necesariamente un Derecho penal medioambiental, cuya conformación en detalle, sin embargo, se plasma en consideraciones y decisiones políticas que atienden a particularidades regionales.

Igualmente importante es la política en la determinación y delimitación de los bienes jurídicos controvertidos o en desarrollo como en el ámbito del principio de subsidiariedad. Así, es claro que un ruido molesto perturba la salud o, al menos, el bienestar de las personas, por lo que puede ser peligroso para un bien jurídico. Pero, llegados a este punto, cómo hay que diferenciar entre los diversos niveles de ruido, según los lugares y horas del día, son aspectos que están sujetos a un extenso ámbito de actuación de la discrecionalidad política. Pero, también en los casos en los que se impone una intervención, se renunciará, por regla general, al Derecho penal, si se puede obtener un logro mediante una infracción administrativa u otra sanción de rango inferior a la del Derecho penal (5). Por esta razón, la política tendrá aquí un amplio poder de configuración.

Esto demuestra por lo tanto que la política tiene sobre el Derecho penal una influencia relevante, pero limitada. Un Derecho penal completamente politizado es característico de un estado totalitario. Pero, también en el ámbito de influencia que le es reconocido –en los casos en los que se duda sobre la existencia de un bien jurídico o en el ámbito del principio de subsidiariedad– no debe decidir la política de un Estado de Derecho de forma arbitraria, sino que debe dejarse asesorar científicamente y observar los estándares culturales. La peligrosidad de los perjuicios medioambientales o de los ruidos molestos debería también ser valorada por la experiencia científica; y para la protección de la vida en formación no se debería desatender la representación de valores de la sociedad, ya que el Derecho penal sólo puede sustentar la paz social allí donde es aceptado por los seres humanos como garante de un orden de justicia material.

(5) Como así se ha previsto en el § 117 de la Ley alemana sobre Infracciones Administrativas.

IV.

El Derecho penal –al menos en el ámbito cultural occidental– ha estado también siempre influenciado por las reflexiones filosóficas. Todavía hoy muchos penalistas opinan que mediante el recurso a la filosofía pueden dar a sus tesis un fundamento científico independiente de las opiniones coyunturales. Pero, también aquí se debe hacer una diferencia.

El modelo de pensamiento del contrato social, del que he deducido la función del Derecho penal, es en sí mismo una concepción filosófica de la teoría del Estado, la cual, prescindiendo de los antiguos precursores, le debemos a los pensadores de la Ilustración y en cuya mejora todavía hoy trabajamos. Ésta obtiene su legitimación de la comprensión de que de esta manera se permite organizar lo mejor posible la convivencia pacífica y en libertad de los seres humanos y del reconocimiento de esta comprensión por el pueblo de un estado. Que este reconocimiento, en modo alguno, se da por supuesto lo demuestra la historia y todavía muchos estados totalitarios, islamistas, u organizados étnicamente o en tribus sin una administración eficiente. De todos modos, este sistema es aceptado en gran parte del mundo como la mejor forma posible, aunque no sea perfecto, de estructuración estatal. De ahí se deriva que el Derecho penal tiene una base filosófica, aunque no todas las personas sean conscientes de ello.

Por el contrario, la teoría kantiana de la retribución, mencionada al principio, que concibe la pena como compensación por la culpabilidad, como un imperativo categórico abstraído de todos los fines sociales, no es, a pesar de su gran influencia histórica, un concepto útil para un moderno Derecho penal. Si el Derecho penal debe asegurar un orden social en paz y libertad, la pena, lógicamente, sólo puede perseguir fines sociales, a los que hacemos frente bajo las formas diversas de prevención general y especial. El pensamiento metafísico de una compensación retributiva de la culpabilidad no tiene ninguna relación con la función protectora de bienes jurídicos del Derecho penal. Se trata, por ello, de una construcción filosófica que no debe tener ninguna influencia en el Derecho penal (6).

Pero, por otra parte, la concepción del Derecho penal de la filosofía idealista contiene un pensamiento que es de relevancia central para

(6) Que ella tiene también todavía hoy influencia en la Ciencia del Derecho penal alemán, lo demuestra con numerosas indicaciones sobre opiniones contrapuestas mi nota a pie de página 3 del mencionado *Manual*, § 3, marginal 49-50, pp. 88-91.

un Derecho penal moderno –aunque en modo alguno está reconocido en todas partes– porque se corresponde plenamente con el concepto de un Derecho penal que preserva la libertad. Esta idea se materializa en el principio de culpabilidad (7), el cual está basado en la premisa filosófica de que el ser humano no es un mero objeto de la intervención jurídico-penal, sino que éste se presenta ante el Estado como sujeto de derecho con capacidad para actuar libremente, como una persona dotada de derechos ineludibles. A la libertad de la persona, la cual debe concebirse como un postulado filosófico y no como un conocimiento demostrable por las ciencias naturales, pertenece el reconocimiento de la particularidad de que la pena presupone culpabilidad y sólo se debe imponer la pena en la medida de la culpabilidad individual. Por tanto, sólo se debe hacer responsable jurídico-penalmente a alguien por algo en cuanto sea culpable. En caso contrario, lo trataremos no como a una persona, sino como a un objeto dañino. Estas ideas, formuladas por *Kant* y *Hegel*, son hoy tan actuales como hace doscientos años.

Pero, la influencia de la filosofía en el Derecho penal está necesitada de una valoración diferente no sólo en problemas fundamentales como la función del Derecho penal y el fin y límite de la pena, sino también en el ámbito de la Dogmática jurídico-penal. Así, en la actualidad, en Alemania la teoría dominante e internacionalmente muy discutida de la imputación objetiva (8), la cual hace décadas formulé y que con otros autores todavía sigo desarrollando, tiene su trasfondo filosófico en la teoría de la imputación de *Hegel*. Sin embargo, su significado para la moderna dogmática jurídico-penal no se lo debe a esta fundamentación filosófica, sino que la misma se puede deducir, con una lógica irrefutable, de la idea fundamental del derecho penal protector de bienes jurídicos. Si sólo se quiere proteger jurídico-penalmente bienes jurídicos, como la vida o la integridad física, entonces esto sólo se podrá hacer mientras se prohíban comportamientos que excedan del riesgo socialmente soportable para estos bienes jurídicos. Que el tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido, se deriva también directamente de la función del Derecho penal.

Para concluir mi sucinto estudio sobre la dependencia e independencia del Derecho penal de la filosofía, me gustaría exponer brevemente todavía cómo las deducciones filosóficas pueden inducir a

(7) Sobre el principio de culpabilidad como medio para delimitar la intervención penal, más detalladamente, ROXIN (nota 3), § 3, marginal 51-58, pp. 91-95.

(8) Ampliamente al respecto, ROXIN (nota 3), § 11, marginal 44-145, pp. 371-421.

error a la Dogmática jurídico-penal si no se orientan a la función del Derecho penal. Destaco esto en relación a la conocida controversia sobre la punición de la tentativa inidónea. Tomemos como supuesto para su demostración que alguien quiere disparar a otro mientras duerme, pero éste, pocos minutos antes del disparo, ha fallecido por un ataque al corazón –lo que el que dispara desconoce–. ¿Es correcto castigar penalmente tal «tentativa con objeto inidóneo» como tentativa de asesinato, o se debe dejar al autor sin pena porque la persona a la que se le debía matar, en realidad ya no existía? (9).

Esta es una de las cuestiones más controvertidas desde hace mucho tiempo en las discusiones internacionales del Derecho penal. En Alemania distintos autores propugnan una exclusión de la pena y proponen para ello una fundamentación filosófica. Deducen de la filosofía del idealismo la tesis de que la tentativa de homicidio debe lesionar la relación jurídica existente entre el autor y la víctima (10). Pero, tal relación jurídica no existe con un muerto y por tanto, tampoco es posible la tentativa.

Esta es una construcción teórica carente de significado jurídico porque deja fuera de consideración la función preponderante del Derecho penal para la Dogmática (11). El Derecho penal debe proteger bienes jurídicos y esto sólo puede hacerlo mientras se prohíban comportamientos peligrosos para éstos. Si un comportamiento es peligroso, quedará sólo después por determinar si un observador medio razonable en el lugar del autor, afirmaría la existencia de un riesgo para el bien jurídico de la vida humana. El supuesto está fuera de toda duda porque la muerte de la víctima no era conocida, así que según las reglas de la imputación objetiva, la cual da buenos resultados también para el ámbito de la tentativa, hay que aceptar que es una tentativa peligrosa y, por ello, punible (12).

Mi conclusión es, por tanto, que los conocimientos filosóficos –como las decisiones políticas– no carecen, en modo alguno, de significado para el Derecho penal. Pero éstos conducen a error si no se

(9) Cfr. ROXIN, «Zür Strafbarkeit des untauglichen Versuchs», en Britz, Koriath, Kunz, Momsen, Müller, Radtke (eds.), *Festschrift für Heike Jung* (en prensa, 2007).

(10) ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 255 ss.; RATH, *Gründfälle zum Unrecht des Versuchs*, en *JuS*, 1998, pp. 1111 ss.

(11) Cfr. sobre ambos autores y sobre los recientes y diversos esfuerzos para una limitación de la punición de la tentativa, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, § 29, marginal 51-57, pp. 348 ss.

(12) Esto es desarrollado más detalladamente en la nota 9 de mi citada contribución al Libro Homenaje de Jung.

orientan al principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos que garantiza la libertad, siendo tal principio constituyente para un moderno Derecho penal.

V.

Con ello, llego a mi tercer tema: la influencia de la moral social en el Derecho penal. Que entre ambas esferas existe una estrecha relación, se percibe a primera vista, porque casi todas las prohibiciones o prescripciones jurídico-penales se refieren a formas de comportamiento ética y socialmente reprobables: homicidios, lesiones, daños, estafa, robos, etc. que contradicen también de manera manifiesta las representaciones de valores sociales. En todo caso, hay excepciones aparentes en delitos «imperceptibles» como los del Derecho penal económico, en los que el efecto de las manipulaciones socialmente dañosas para la colectividad no se descubren fácilmente, o en los «nuevos» bienes jurídicos como los del Derecho penal medioambiental, cuyo significado se va reconociendo gradualmente por la conciencia colectiva. Pero, también en estos ámbitos la explicación y la reflexión conducen a la desaprobación ético-social de la mayoría. Esto no puede ser de otra manera, ya que como «bien jurídico» sólo puede ser reconocido lo que es relevante para la existencia de la sociedad y asegura la vida de sus componentes, por lo que la ética social debe desaprobador toda lesión de un bien jurídico.

Las normas ético-sociales desempeñan también un papel importante y, en ocasiones, decisivo en la delimitación de los bienes jurídicos individuales. Si una determinada expresión se entiende o no como ofensiva dependerá de la concepción del respectivo círculo de personas; y la aceptación de un pedido de comidas y bebidas en un local, abarca la seguridad de la solvencia y disposición a pagar del cliente; aunque éste *expressis verbis* no haya manifestado nada en absoluto al respecto, las concepciones sociales harán posible atribuir una pena al cliente que se marcha sin pagar.

La amplia coincidencia de las normas jurídico-penales con las representaciones ético-sociales de la mayoría puede inducir fácilmente a la conclusión de que de la desaprobación de la moral social de un comportamiento se desprende, sin más, la admisibilidad de su punición. Esto no es ninguna hipótesis profana, sino que era también la concepción del legislador alemán, el cual en la fundamentación del Proyecto Gubernamental de un nuevo Código penal del año 1962

recalcó que el legislador debe –cito textualmente (13)– «establecer también la amenaza de la pena en determinados supuestos de comportamientos especialmente reprobables por la ética y según la convicción de la mayoría, aunque con este hecho no se lesione directamente ningún bien jurídico determinado».

En este punto existe un error decisivo, el cual hace cuarenta años fue un tema central de discusión en la reforma del Derecho penal alemán. El eje de la crítica se puede deducir fácilmente de lo que he dicho sobre la influencia de la política y la filosofía en el Derecho penal: la ética social sólo es significativa para el Derecho penal en el ámbito de la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, pero no puede fundamentar de forma independiente ninguna punibilidad. Sin embargo, esta fue la finalidad del por aquel entonces legislador alemán, el cual con la ayuda del Derecho penal quería someter la esfera humana íntima de la personas a las concepciones morales dominantes. Así, quiso que se castigara penalmente la homosexualidad entre hombres adultos, para, de esa manera –cito otra vez literalmente– «levantar un dique contra la propagación de una conducta depravada». Las representaciones de *striptease* debían ser castigadas para «hacer frente... a la propagación de síntomas de decadencia». El citado Proyecto contenía una lista de sucesivas disposiciones de esta índole (14).

Esta tendencia fue contestada por aquel entonces por jóvenes penalistas, entre los que yo me encontraba, con la redacción del Proyecto Alternativo. Éste circunscribía el Derecho penal a la protección de bienes jurídicos y, consiguientemente, contenía formas de exteriorización de la sexualidad necesitadas de pena, pero sólo en aquellos casos en los que se lesionaba un concreto bien jurídico. Esto tiene lugar sólo en un triple orden de casos: cuando se perturba el desarrollo sexual de niños y jóvenes, cuando se ataca la libre autodeterminación sexual y cuando existen peligros para la salud. Pero, en todo lo demás que se refiera a cómo una persona adulta da su consentimiento a otro interesado en su cuerpo y su sexualidad, es una cuestión privada y no puede ser objeto del Derecho penal, puesto que no se aprecia en qué medida es lesionada de este modo la convivencia libre y segura de los seres humanos.

En la actualidad, esta batalla se halla saldada con éxito y sólo es un objeto de consideración histórica. La posición del Proyecto Alterna-

(13) Así, el Proyecto Gubernamental alemán de 1962, «Boletín Oficial del Parlamento» alemán, IV/650, p. 376.

(14) Más ampliamente, por todos, ROXIN, «Sittlichkeit und Kriminalität», en Baumann (ed.), *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969, pp. 156 ss.

tivo (15) se ha impuesto en el ámbito público, en el Congreso de Juristas Alemanes —la organización más importante de nuestros juristas— y en esencia también la ha adoptado el legislador alemán, el cual en el año 1973 reformó radicalmente el Derecho penal sexual y, salvo algunos supuestos controvertidos, lo ha circunscrito a la protección de bienes jurídicos. Así mismo, la Jurisprudencia alemana ha seguido por este camino y ha declarado no punibles las prácticas sadomasoquistas que durante mucho tiempo habían sido penadas como lesiones (16). También actualmente en el ámbito europeo la discriminación de orientaciones sexuales que se apartan de la normalidad se considera inadmisibles.

La idea de la protección de los bienes jurídicos ha producido también una amplia modificación en las concepciones de la moral social, aunque esto sólo es aceptado más o menos en los círculos eclesiásticos o conservadores. Pero, todavía en el Derecho penal actual hay tipos en los que es más que dudoso que comportamientos mal vistos por la moral social hagan referencia a un bien jurídico. Esto vale, por ejemplo, para la controvertida desde siglos punición del incesto entre personas adultas. En la medida en la que se aprovechen las relaciones de dependencia familiar y social, la infracción de la autodeterminación sexual conllevaría la amenaza de una pena. Pero, por lo demás —por ejemplo en el caso de una inevitable relación de amor entre hermanos— tal comportamiento está sometido a la desaprobación social. Sin embargo, todos los intentos de hallar una lesión de un bien jurídico que afecte a la pacífica vida en común de los seres humanos, hasta el momento han fracasado. Por esto, en este punto el Proyecto Alternativo propugnó la despenalización. El legislador alemán no asumió esta fórmula. Pero, los supuestos que, ocasionalmente, se producen en la práctica muestran que el Derecho penal puede provocar efectos perturbadores para la vida sin que conlleven una necesidad social (17).

Un extenso campo de aplicación de los límites de la moral social en su influencia sobre el Derecho penal lo ofrece la denominada protección de los sentimientos, a los que sólo me puedo referir brevemente. Mi tesis es que la producción de sentimientos desagradables como tal no supone ninguna lesión de bien jurídico alguno. Muchas personas se enojan por formas de comportamientos y aspectos que

(15) Está expuesta específicamente en el tomo III del Proyecto Alternativo: Delitos sexuales, Delitos contra la paz religiosa y de los muertos, 1968.

(16) *BGHSt* 49, pp. 166 ss.

(17) Cfr., por ejemplo, el relato del trágico caso por Gisela Friedrichsen en el *Spiegel*, núm. 44, 2004, pp. 64 ss. Para un análisis crítico de los argumentos aducidos para la punición del incesto, cfr. también ROXIN, (nota 3), § 2, marginal 43/44, p. 27.

contradican su sensibilidad o su representación de los que es una vida «correcta». Pero, este enojo no debe evitarse con ayuda del Derecho penal porque una sociedad libre se basa en el presupuesto de que cada uno puede hacer y dejar hacer lo que él quiera en tanto no afecte a la esfera jurídica del otro. Esto no excluye totalmente, en la medida que la Constitución deje margen para ello y se halle una mayoría democrática que lo legitime, una regulación obligatoria de buenas costumbres, pero esto se puede llevar a cabo con sanciones más suaves que las del Derecho penal. Así, por ejemplo, en regiones de costumbres muy estrictas el bañarse desnudo puede estar prohibido, pero no se debe admitir su criminalización. Allí donde estén necesitados de protección jurídico-penal los sentimientos, allí se generará miedo. Así pues, la coexistencia libre que asegura el Derecho penal implica una vida en común sin miedo.

De la gran cantidad de ejemplos relativos al caso, tomaré sólo algunos. Así, el comportamiento exhibicionista, penado en Alemania (18), es con razón objeto de una amenaza penal en la medida que eventualmente resulte, como en la mayoría de las veces, que pueda causar miedo de abusos sexuales en las mujeres afectadas. De este modo, entonces se afectaría la seguridad de la convivencia social. Pero, donde no haya ocasión para el miedo, el exhibicionismo será un caso para el psiquiatra. Así mismo, la realización de actos sexuales en público, castigada penalmente en Alemania como «exaltación del escándalo público» (19), no justifica suficientemente una pena criminal, en tanto que las conductas de esta clase, infractoras de la moral, no amenacen a nadie. En caso necesario, un comportamiento decoroso en el ámbito público se puede garantizar con medios extrapenales como, por ejemplo, mediante multas de Derecho administrativo. Sin embargo, sí es razonable castigar penalmente el que se denigre a grupos de población de una sociedad por motivos étnicos, religiosos o de otra clase, porque genera miedo en los colectivos de población afectados, menoscabando la libertad y seguridad de la convivencia social.

VI.

Para finalizar aludiré al significado de las creencias religiosas en el Derecho penal. Está fuera de toda consideración que existieron esta-

(18) § 183 StGB.

(19) § 183 a StGB.

dos teocráticos y que en los que todavía hoy existen, aisladamente, su Derecho penal se deriva de los mandatos y prohibiciones de su religión. Ahora bien, la separación entre Estado e Iglesia constituye un elemento fundamental de las democracias parlamentarias.

Sin embargo, también en los modernos estados occidentales las enseñanzas de la iglesia no dejan de influir en el Derecho penal porque las iglesias son en mayor o menor medida poderosas instituciones sociales que influyen indirectamente sobre la moral social y también directamente en la legislación. La iglesia tiene todavía hoy en muchos países cierta influencia en la conformación del Derecho penal a través de los comunicados eclesiásticos y por medio de la participación de los teólogos en los organismos de asesoramiento ético. Esta influencia ayuda en muchos aspectos, pero tiene también sus límites que se han de determinar por las mismas reglas que he desarrollado para los otros ámbitos de influencia.

No es necesario explicar que, por ejemplo, la negación de Dios o la apostasía de las creencias –a diferencia de lo que todavía hoy sucede en parte del ámbito cultural islámico– no puede ser objeto del Derecho penal, ya que, como muestran muchos países, es posible una convivencia pacífica de los seres humanos en Estados ateos o multirreligiosos. De aquí no se deriva ninguna desvaloración de la religión, la iglesia y las creencias, los cuales pueden tener para la conformación de la vida de los particulares un significado decisivo. Pero, la actitud ante esto es una cuestión privada que pertenece a una esfera que ha de quedar libre de la intervención estatal. Esto resulta más útil para el libre desarrollo de la personalidad y para el grado de intensidad de las creencias vividas que lo que puedan serlo las disposiciones religiosas impuestas por el Estado mediante sanciones.

También la crítica a las enseñanzas de la Iglesia y a determinadas orientaciones de las creencias no debe estar sometida a pena, porque la mera protección de sentimientos no contiene ningún bien jurídico y colisiona además con la libertad de expresión, sin la cual no se concibe una sociedad liberal. El ámbito de relevancia jurídico-penal se alcanza tan sólo allí donde se discriminan las convicciones religiosas de forma que afecten a la seguridad de sus miembros o al libre ejercicio de la religión, o conlleven perjuicios sociales. Por tanto, sólo en este estrecho margen puede ser la protección de la religión función del Derecho penal.

La relevancia de las concepciones religiosas para el Derecho penal se extiende más allá del tratamiento social de los creyentes, pero queda dentro del ámbito de la protección de los bienes jurídicos generales, como yo quisiera significar al menos con dos ejemplos. La

moderna iglesia cristiana, a la que me quiero aquí circunscribir, concibe, independientemente de diferencias confesionales, la protección de la vida y la dignidad humana como función esencial de su magisterio. La protección de ambos bienes jurídicos es también, por supuesto, independiente de su fundamentación religiosa. Pero, su afinidad con el de las convicciones religiosas cristianas es inconfundible.

La prohibición de matar es una parte central de los Diez Mandamientos. La vida humana se entiende como un regalo de Dios. Cristo concebía la curación de los enfermos como una importante función estrechamente ligada a la fe. Todavía hoy en día las instituciones cristianas se dedican en gran parte al cuidado de los enfermos y al acompañamiento en el morir, lo cual conserva también el sentido de la vida en el momento de la muerte. Así mismo, en la protección de la vida en formación, la iglesia sopesa sus palabras. En qué medida se impondrá con ellas, es ciertamente, como se expuso al principio, una cuestión de voluntad política.

La dignidad humana en su construcción jurídica –aunque todavía está acompañada de muchas cuestiones polémicas– es una concepción filosófica (20). Pero, tiene también un fuerte fundamento cristiano en la representación del ser humano como viva imagen de Dios, en su aspecto trascendente y en su rango en el orden de la creación, lo que ha contribuido de manera esencial a su reconocimiento en las modernas discusiones sobre derechos humanos. En este sentido, hay que agradecer a las enseñanzas cristianas que hayan ayudado a la protección de los bienes jurídico-penales. Pero, el significado de la protección de los bienes jurídicos fija, como se aclaró en la exposición anterior, las fronteras de su legítima influencia

Ante todo, me gustaría ilustrarlo tomando como ejemplo la vida humana. Según la concepción cristiana dominante, el suicidio está prohibido y constituye un pecado grave porque la existencia terrenal no es de disposición humana, sino que está sujeta a la voluntad de Dios. Sin embargo, el estado no tiene la facultad de castigar con pena el suicidio intentado, que es mucho más frecuente que el consumado, porque el Derecho penal tiene únicamente la función de evitar la lesión de bienes jurídicos de otros, que es lo que falta aquí.

Más compleja es la cuestión cuando se trata del homicidio a petición (u homicidio consentido). La mayoría de los Estados –también el Derecho alemán (21)– lo prohíben categóricamente. En nuestros tiem-

(20) Cfr. la última versión abreviada de «Einführung» de Paul TIEDEMANN, *Was ist Menschenwürde?*, 2006, la cual incluye también (pp. 51 ss.) un «concepto histórico filosófico».

(21) § 216 StGB.

pos, la medicina de aparatos permite un mantenimiento de la vida con dolores insoportables. Pero son muchas las voces que, en tales casos, quieren que se permita una muerte por compasión hacia el paciente. En Holanda y Bélgica esto ya sucede –con la garantía de ciertos controles–. Como se comprende de lo expuesto, esto entra casi totalmente en una honda contradicción con las instancias de inspiración eclesial y de la Iglesia. Por otra parte, se debe advertir que en las personas enfermas sin esperanza, cuya existencia no encierra ya valor vital, mediante su muerte no se lesiona los bienes jurídicos de nadie y tampoco se afecta la convivencia social.

En este punto, entran en un conflicto de difícil solución las concepciones cristianas sobre la protección de la vida y la función de un Derecho penal laico. No puedo en esta ponencia tratarlo en profundidad, pero quisiera, al menos, apuntar a continuación la solución que he propuesto como corredactor del Nuevo Proyecto Alternativo del año 2005 (22). En él se mantiene la punición del homicidio consentido sin límites porque la misma se puede fundamentar en el principio de protección de bienes jurídicos, ya que se parte de que una voluntad firme e irrevocable de morir sólo puede hacerse patente mediante la ejecución de propia mano. Se protege mejor la vida humana contra intervenciones de terceros cuando se deja sólo libre de pena su extinción producida por su propia mano y a su propia responsabilidad, porque la admisión del homicidio a petición puede poner a las personas mayores y enfermas bajo la presión de expectativas sociales, así como limitar los cuidados familiares y médicos de las personas gravemente enfermas, no pudiéndose, además, excluir los abusos y problemas probatorios. En este sentido, se encuentran en total sintonía la ética cristiana y la protección jurídico-penal de la vida.

Otras cuestiones distintas son las que se suscitan en la complicidad en el suicidio, la cual es punible en la mayoría de los países (a menudo limitándolo bajo requisitos). En Alemania está exenta de pena, pero se considera por el estándar de la ética médica como inadmisibles; así que en el caso de una persona con padecimientos insufribles para cuyos males no existe ninguna posibilidad de alivio, será difícil que se le facilite por un médico medios con cuya toma se posibilite una muerte sin dolor. Por ello, en el mencionado Proyecto de Ley hemos permitido expresamente para casos sin solución un suicidio asistido médica-

(22) Proyecto Alternativo sobre Acompañamiento al Morir (AE-StB) de SCHÖCH/VERREL conjuntamente con los Profesores Alternativos, GA, 2005, pp. 553 ss. «Sobre el análisis jurídico-penal de la eutanasia» me he pronunciado acerca del nuevo estado de la discusión, en ROXIN/SCHROTH, *Medizinstrafrecht*, 3.^a ed., 2007.

mente (23). En un supuesto como éste no se ataca a ningún bien jurídico ajeno, ya que al enfermo que ejecuta por sí mismo la acción que conduce a su muerte, tampoco se le puede cuestionar la seriedad e irrevocabilidad de su voluntad de morir. Además, la libertad de conciencia de los médicos permite asegurar que no se responsabilizará a nadie por la cooperación en el suicidio solicitado.

También, ante padecimientos insufribles y sin solución, la propuesta de permitir una asistencia médica en la que por el propio enfermo se ejecute su suicidio, es una cuestión muy controvertida en Alemania. El «Consejo Nacional de Ética», grupo de expertos al que se les dirige las cuestiones de bioética, no ha podido lograr un consenso sobre este extremo (24). También los teólogos se oponen a tal concepción. Sin embargo, ésta se corresponde no sólo con la delimitación que sostuve de la función del Derecho penal, sino que es también la solución más humana, porque una vida en la que sólo existen padecimientos horribles no es exigible. Además, es inhumano que el ordenamiento jurídico fuerce a tales personas, en una situación desesperada, a intentar matarse ellos mismos de forma inexperta, lo que a menudo produce dolores adicionales, a realizar hechos desesperados como saltar por la ventana o a provocar accidentes mortales en los que, frecuentemente, son puestas en peligro otras personas (25).

Una última palabra para la dignidad humana, la cual se protege de forma amplia y sin excepción en los países europeos en el ámbito de la protección de los bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad física o la libertad. Esta protección todavía hoy se está puliendo —como, por ejemplo, en el ámbito de la autodeterminación sexual—. También deben prohibirse no sólo los métodos de interrogatorio, desposeídos de dignidad, sino también castigarse, en muchos casos, con penas más severas que las existentes hasta ahora. En todos estos puntos coinciden el Derecho penal y la doctrina social cristiana.

Existe un ámbito de consenso siempre que se trate de la lesión de la dignidad de otro. Pero, ¿qué sucede con la lesión de la propia dignidad humana? Se puede responder diciendo que, desde el punto de partida proporcionado por la concepción cristiana, la prostitución, el

(23) § 4 del Proyecto Alternativo de una Ley de Acompañamiento al Morir.

(24) En su informe sobre «Autodeterminación y Asistencia al final de la vida» de 13 de julio de 2006, pp. 46 ss.

(25) Las conclusiones del 66.º del Congreso de Juristas Alemanes (19-22.9.2006) han seguido ampliamente las propuestas preconizadas por el Proyecto Alternativo (cfr. las conclusiones de la Sección C, *Derecho penal*, IV, V, pp. 5-7). Habrá que ver si el legislador alemán también las asume.

intercambio consentido de parejas, o las relaciones sexuales con animales atentan contra la dignidad humana del que actúa de esta manera. Algunos círculos eclesiásticos incluyen también los comportamientos homosexuales bajo este veredicto. No quiero discutir sobre la justificación de tales juicios, ya que se afirman sobre la base de doctrinas religiosas de las que no resulta ninguna legitimación para una amenaza penal. El fundamento para ello se desprende –sobre todo en relación con la moral social– de lo ya dicho: todas estas formas de comportamiento o afectan sólo al que actúa o se realizan con consentimiento de otro adulto, pero no menoscaban bienes jurídicos de otros. Por tanto, las doctrinas de la Iglesia pueden ser vinculantes para los creyentes, pero no para los ciudadanos del Estado.

La dignidad humana sólo puede ser objeto de protección jurídico-penal cuando mediante su lesión se afecte a otro o se menoscabe sus derechos. Esto vale también para formas controvertidas de comportamiento que van más allá de la moral sexual, lo que quisiera exponer con un único ejemplo. El Derecho alemán castiga la modificación artificial de la información genética (26). Esto está justificado porque las acciones de esta clase anteriores al nacimiento afectan a la libertad de desarrollo del ser humano que nacerá más tarde. Nadie necesita que se permita manipular de esa forma su disposición natural. La fundamentación de la ley remite con acierto a la lesión de la dignidad humana y en este punto coincide con las doctrinas de la iglesia, las cuales condenan estas acciones como una intromisión en el orden de creación divina.

Pero, ¿qué sucede cuando tal intromisión en la identidad genética germinal subsana una grave enfermedad hereditaria? El caso que todavía hoy no sea posible hacerlo con éxito, no cambia en nada el significado de esta cuestión en la teoría y en una futura práctica. El Derecho alemán considera punibles las intervenciones genéticas, haciendo referencia a la dignidad humana, incluso cuando tengan una finalidad exclusivamente terapéutica. No percibo esta lesión de la dignidad humana. Pero, sea como sea esta situación, una intervención de esta clase no manipula arbitrariamente la evolución del futuro ser humano, sino que mejora decisivamente sus posibilidades de desarrollo. En esta clase de intervención no existe lesión de bien jurídico alguno, sino sólo una curación, por lo que una amenaza penal resulta totalmente desacertada (27).

(26) § 5 de la Ley de Protección de Embriones.

(27) Fundamental a este respecto, NEUMANN, «La tiranía de la dignidad», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, pp. 153 ss.

VII.

Con ello llego al final de mi intervención. He podido tratar, si bien de forma resumida, la dependencia e independencia del Derecho penal de la política, la filosofía, la moral y la religión bajo un punto de vista unitario. Si se elaboraran suficientemente las construcciones aquí expuestas sobre las concepciones fundadoras del Derecho penal hasta los estudios de detalle de los concretos tipos penales, se podría desarrollar, partiendo de aquí una teoría de la legislación jurídico-penal, de la cual se halla carente hasta hoy nuestra ciencia en una forma comprensiva. Esto podría ser útil para la conformación del contenido de un código penal europeo, el cual tendremos probablemente dentro de algún tiempo.

El desistimiento en la tentativa acabada.

Lectio doctoralis

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (*)

Honorable Consejo Universitario de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Excmo. Sr. Gobernador Lázaro Cárdenas Batel, Magnífico y Excmo. Sr. Rector Jaime Hernández Díaz, autoridades, amigas y amigos, señoras y señores:

Mi *Lectio Doctoralis*, que a continuación paso a desarrollar, versa sobre el desistimiento en la tentativa acabada.

En Derecho penal no sólo se castiga el delito consumado, es decir: aquél en el que el autor consigue su propósito, lesionando efectivamente el bien jurídico protegido, sino también el que queda en grado de tentativa, es decir: aquél en el que el agente comienza la ejecución del hecho, fracasando en su intento de menoscabar el interés tutelado por la ley. Ilustrando todo ello con ejemplos: El Derecho penal no sólo considera punible que una persona dispare contra otra, matándola de un tiro en el corazón, o que un hombre tenga acceso carnal violento con una mujer (respectivamente, delitos consumados de homicidio y de violación), sino también que el autor fracase en su intento, bien porque no acierta con su disparo, que no logra alcanzar a la víctima, bien porque la mujer, ante la inminente agresión sexual, profiere gritos de socorro que logran atraer la presencia de vecinos, huyendo entonces el autor antes de que pueda perfeccionar la violación, por el miedo a ser descubierto y, eventualmente, detenido por

(*) El presente trabajo recoge, tal como fue pronunciado el 27 de octubre de 2006, mi discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. La parte dogmática de ese discurso se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU2003-06687, proyecto del cual soy el investigador principal.

quienes han acudido en auxilio de la persona amenazada (respectivamente, delitos de homicidio y de violación en grado de tentativa).

Dentro de la tentativa, los Códigos Penales suelen distinguir entre la acabada y la inacabada.

En la tentativa acabada, el autor, desde su punto de vista, ha realizado todos los actos ejecutivos que deberían causar el resultado, no consiguiendo producir éste, sin embargo, por causas ajenas a su voluntad. Un ejemplo de tentativa acabada de asesinato sería el del terrorista que logra adosar una bomba-lapa al automóvil de un tercero, que estallaría al poner en marcha el vehículo, sin que, no obstante, se produzca la explosión porque la víctima percibe algo extraño al introducir la llave de contacto, avisando entonces a la policía, que logra desactivar el artefacto, o porque la conexión de la bomba al encendido del automóvil ha sido defectuosa, razón por la cual aquélla no explota como había previsto el delincuente: en ambos casos estamos ante una tentativa acabada de asesinato, ya que el autor ha ejecutado por su parte todo lo que tenía que hacer para que sobreviniera la muerte de la víctima, fracasando en su intento por causas independientes de su voluntad (a saber: porque la víctima pudo percibir a tiempo el atentado del que iba a ser objeto, o porque el asesino no había conectado la bomba con la precisión requerida).

La tentativa inacabada tiene en común con la acabada que en ambas el autor no alcanza su propósito de consumar el delito, pero mientras que en la última el delincuente ha realizado todos los actos ejecutivos, en la primera —en la inacabada—, y desde el punto de vista del autor, a éste todavía le quedaba por llevar a cabo alguno de ellos para considerar finalizada su tarea delictiva: si al homicida un tercero le arrebató la pistola antes de que consiga disparar, estamos ante una tentativa inacabada, porque para que hubiera realizado todos los actos ejecutivos todavía le faltaba apretar el gatillo, como también se trata de una tentativa inacabada de asesinato cuando el terrorista es sorprendido por la policía, y huye, antes de conectar el explosivo al encendido del vehículo, porque esa conexión era precisamente el tramo que le quedaba por recorrer para que hubiera podido dar por concluido su plan criminal.

Una vez expuestos los conceptos de tentativa acabada e inacabada, todavía necesito ocuparme de la ulterior institución juridicopeenal del desistimiento como presupuesto para poder analizar el problema objeto de esta disertación.

El desistimiento puede ser voluntario o involuntario.

En el involuntario el resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del sujeto, y por eso éste no merece ningún

trato favorable por parte del ordenamiento juridicopenal. Si la violación no se consuma porque, como consecuencia de que, alarmados por los gritos de socorro de la víctima, acuden otras personas a auxiliar a ésta, emprendiendo entonces el delincuente la fuga, si los ladrones abandonan el lugar del robo porque la caja fuerte que pretendían desvalijar, y en contra de lo que habían previsto, presenta dificultades casi insalvables para ser forzada, el desistimiento es involuntario porque la razón de esa marcha atrás no es producto de una decisión espontánea de los delincuentes, sino de causas ajenas a su voluntad, como lo son la presencia, con la que no se contaba, de quienes han acudido a defender a la mujer que estaba siendo víctima de la agresión sexual, o, en el caso del robo, por la imprevista circunstancia sobrevenida de que, aunque pudieran abrir el cofre, ello llevaría mucho más tiempo del que habían calculado, lo que, a su vez, aumentaría las posibilidades de ser sorprendidos por los vigilantes del establecimiento. Pero, a pesar de que previamente a la tentativa el sujeto ha consumado ya otros delitos –los tocamientos sexuales violentos como paso previo al acceso carnal fallido, los daños en la pared ocasionados para poder entrar en el edificio donde se encontraba el botín del que no han podido apoderarse–, y como la penalidad más severa de la tentativa presupone ya esos delitos consumados de menor entidad, entre los tocamientos sexuales consumados y la violación intentada, entre los daños en la pared y el robo en grado de tentativa, existe un concurso de leyes por relación de absorción, de tal manera que la pena de la tentativa de violación y de la del robo absorben la de esos delitos consumados anteriores, y el agente ya no responderá de éstos, sino únicamente de una violación o de un robo en grado de tentativa.

El desistimiento voluntario, en cambio, tiene consecuencias beneficiosas para el autor. En el caso de que, sin que se haya producido modificación alguna en las circunstancias externas, y por motivos estrictamente autónomos, el autor resuelve no consumir el delito, por ejemplo, porque, instantes antes de consumir el acceso carnal, el autor se apiada de la mujer y resuelve no violarla, o, en el supuesto del robo, al ladrón le asalta la inquietud religiosa de que está cometiendo un pecado contra el séptimo mandamiento, decidiendo, por ello, no forzar la caja fuerte, en ambos casos estaríamos ante un desistimiento voluntario de la tentativa de violación o de robo, desistimiento voluntario al que el ordenamiento penal vincula la consecuencia jurídica de que, en tal caso, queda anulada la penalidad por tentativa. Ahora bien: como al sujeto ya no se le aplica la pena más grave de la tentativa, porque ha desistido voluntariamente de ella,

entonces tampoco es posible que esa tentativa, ahora inexistente, pueda absorber la pena de los delitos previos (menos graves) consumados, por lo que el desistimiento voluntario de la tentativa no conduce a una impunidad absoluta, sino que en ese caso reaparece la responsabilidad por los abusos sexuales violentos previos ya consumados, distintos de la violación, o por los daños ya consumados que ha causado el ladrón al romper la pared del recinto donde se hallaba la caja fuerte. Expresándolo con las palabras del Código Penal español: Ciertamente que el desistimiento voluntario anula la punibilidad de la tentativa, pero todo ello, y cito ahora literalmente del artículo 16.2 de nuestro Código Penal, «sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido [el delincuente] por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

Todavía una última palabra sobre la teoría general del desistimiento voluntario. Como en la tentativa inacabada el autor no ha realizado aún todos los actos que deberían producir el resultado, en esa clase de tentativa el desistimiento voluntario adopta la forma de una omisión: si el autor, para matarla, está apuntando a la víctima con una pistola, para desistir le basta con la omisión de la acción de apretar el gatillo. En la tentativa acabada, en cambio, y al haber cometido el autor previamente todos los actos que van a causar la lesión del bien jurídico, esto es, y por ejemplo: al haber conectado ya la bomba que va a explotar cuando la víctima ponga en marcha el vehículo, el desistimiento voluntario tiene que consistir necesariamente en una acción que desbarate el plan delictivo ya completado, es decir: el autor, por ejemplo, tiene que volver al lugar de los hechos y, mediante una acción, desactivar el explosivo que, si no, e indefectiblemente, habría estallado.

Frente al Código Penal de 1973, que, al regular el delito frustrado (que ahora ha pasado a denominarse tentativa acabada), expresaba en su artículo 3º, párrafo segundo, y cito literalmente, que «[h]ay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente», el vigente Código Penal de 1995 mantiene una redacción parecida, al establecer en su artículo 16.1 que «[h]ay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor», si bien añade, en el artículo 16.2, una ulterior formulación que no figuraba en el Código anterior: en ese vigente artículo 16.2 se dice ahora lo que sigue: «Quedaría

exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado».

Esta nueva redacción contenida en el artículo 16.2 ha condicionado un vuelco en la interpretación del Tribunal Supremo sobre cuándo debe entenderse que existe un desistimiento voluntario en la tentativa acabada, con la consecuencia de que supuestos de hecho que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 eran considerados tentativas acabadas no desistidas voluntariamente de asesinato o de homicidio, y a las que únicamente era aplicable la atenuante de «haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos» (art. 21.5ª del Código Penal vigente, cuyo contenido coincide, en lo esencial, con la circunstancia 9ª del art. 9º del Código Penal de 1973), han pasado a ser enjuiciados por ese mismo Tribunal Supremo como meros delitos de lesiones, ya que ha estimado que las tentativas de delitos contra la vida estaban exentas de punibilidad por concurrir un desistimiento voluntario.

Las Audiencias Provinciales españolas en distintas sentencias, y siguiendo la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, habían condenado por delitos contra la vida en grado de tentativa supuestos de hecho en los que el autor, con ánimo de matar, había asestado múltiples puñaladas en la cara, en el cuello y en el abdomen de la víctima, o que, igualmente con dicha intención, había disparado contra otra persona a una zona vital del cuerpo, arrepintiéndose posteriormente, avisando entonces a una ambulancia, y logrando salvar la vida al herido tras superar éste una fase crítica, apreciándose por esos tribunales de instancia, sobre la base de su conducta posterior, únicamente la atenuante de reparación del daño.

A partir de 2002 todas esas sentencias de las Audiencias Provinciales, sobre la base de un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, son anuladas por este Tribunal, que estima que en supuestos como los descritos estamos ante una tentativa acabada de homicidio desistida voluntariamente, por lo que el autor sólo debe responder por el menos grave delito de lesiones que haya sufrido la víctima como consecuencia de la inicial acción homicida. Y así, y por sólo citar un ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2002 revoca una resolución del tribunal de instancia que había condenado por una tentativa de homicidio en un caso en el que el acusado, en el curso de una discusión con su esposa, sacó una navaja de 12 centímetros de hoja, clavándosela en el cuello, y que «a continuación, ante los gritos y la sangre que manaba de la herida, salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a

los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil», mientras el marido gritaba: «la he matado», «no te mueras», lográndose, gracias a la rápida intervención médica, salvar la vida de la mujer. De acuerdo con la interpretación que del nuevo artículo 16.2 hace el Tribunal Supremo, éste resuelve que en este supuesto la tentativa acabada ha sido desistida voluntariamente y que, en consecuencia, el marido sólo debe responder de un delito de lesiones por las heridas que sufrió la mujer.

Esta reciente doctrina del Tribunal Supremo no puede convencer por los argumentos que expongo a continuación.

Cuando el Código Penal define en su artículo 16.1 que hay tentativa acabada cuando «el sujeto... practica todos... los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor», está estableciendo con ello un *point of no return* a partir del cual ya no es posible el desistimiento. Con otras palabras: para que pueda entrar en juego el desistimiento voluntario se exige previamente, en ese artículo 16.1, que no haya sido el azar el que ha decidido la no producción del resultado, sino únicamente una causa reconducible al autor, esto es: una causa exclusivamente dependiente de la voluntad de éste. Sólo en ese caso en que no es el azar el que ha determinado que no se haya causado la lesión del bien jurídico es cuando, de acuerdo ahora con el artículo 16.2, el autor está todavía a tiempo de desistir voluntariamente si, mediante una acción, logra que el resultado no se produzca. Por ello, frente a la equivocada tesis del Tribunal Supremo que mantiene una lectura aislada del artículo 16.2, hay que proponer una interpretación integradora que ponga en relación ese precepto con el artículo 16.1.

Concretando estos principios generales con ejemplos. Si el terrorista, antes de que explote la bomba que ya ha instalado, posteriormente la desactiva, si el marido que ha envenenado a su esposa con una poción que tarda tres horas en tener efectos letales, y antes de que transcurra ese período de tiempo, le administra un antídoto que le salva la vida, en ambos casos estamos ante tentativas acabadas de asesinato voluntariamente desistidas, ya que aquí concurre tanto el presupuesto del artículo 16.1 (la no producción del resultado es reconducible única y exclusivamente a una causa dependiente de la voluntad del autor: desactivación de la bomba en el primer caso, administración del contraveneno en el segundo), como el del artículo 16.2 (el autor ha evitado efectivamente la lesión del bien jurídico).

En cambio, en los casos en los que el Tribunal Supremo afirma ahora que hay una tentativa acabada desistida voluntariamente, ésta

no puede entrar en juego porque no se da el requisito que exige el artículo 16.1 y que es el presupuesto para que se pueda aplicar el segundo párrafo del mismo artículo, ya que si alguien, con intención de matarla, apuñala a otra persona en un lugar como el cuello, donde existe un paquete vascular integrado por la vena yugular y por la arteria carótida, cuyo corte puede producir una hemorragia mortal de manera casi inmediata, o dispara contra el abdomen de otro, igualmente con el propósito de acabar con su vida de forma instantánea, la razón por la que no se ha producido el resultado reside en una causa independiente de su voluntad, a saber: en el azar de que no ha acertado a seccionar la yugular de la víctima, o en que su disparo no ha impactado en el corazón de ésta. Por ello, el párrafo segundo del artículo 16 –al no concurrir el imprescindible presupuesto del 16.1– tampoco es aplicable, y como la muerte no se ha producido por causas independientes de su voluntad, porque la razón por la que no ha sobrevenido ha sido la mala puntería del autor o su falta de destreza en el uso del arma blanca, de ahí que el ulterior aviso a un hospital, donde consiguen salvar la vida del herido, sólo pueda tener relevancia como una circunstancia atenuante de «reparación del daño» aplicable a una tentativa acabada de un homicidio que sólo la suerte –y no una causa reconducible a la voluntad del autor– ha impedido que se produjera.

Pero a favor de la tesis que defiende no sólo hablan las razones jurídicas que acabo de exponer, sino también otras de política criminal que incluso han sido recogidas por el Código Penal cuando en su artículo 62, para determinar la pena que debe imponerse dentro del marco punitivo previsto para la tentativa del correspondiente delito, establece que hay que atender «al peligro inherente al intento», de tal manera que la sanción será mayor –porque también ha sido mayor el peligro corrido– si en una tentativa de homicidio el autor alcanza con una bala y hiere gravemente a la víctima que en el caso de que el disparo no llegue a salir del arma, porque quien ha disparado creía que ésta estaba cargada, siendo así que, en realidad, la pistola no contenía ninguna bala.

También por este argumento politicocriminal la tesis del Tribunal Supremo debe ser rechazada, ya que, incomprensiblemente –y en contra del espíritu que informa el artículo 62–, favorecería al delincuente que ha sometido a la víctima a un peligro mayor. Porque si el autor de la tentativa de asesinato falla el tiro y no acierta en el cuerpo de aquél a quien quiere matar, o sólo le produce una herida de poca consideración, o si el terrorista es uno inexperto que ha colocado la bomba defectuosamente, razón por la cual ésta, o no llega a estallar,

o sólo produce ligeros rasguños a la víctima, entonces, y según la doctrina del Tribunal Supremo, y por mucho que se arrepienta de su acción inmediatamente después de haber sido ejecutada, nada le podría librar de ser castigado por una tentativa de delito, ya que, como la víctima no corre riesgo alguno de perder la vida, tampoco es posible que ese autor realice una acción posterior que impida la muerte de quien ni siquiera ha sido lesionado o sólo lo ha sido ligeramente.

Quien, por el contrario, podría rebajar su pena de una tentativa de asesinato a una mera responsabilidad por lesiones sería, inexplicablemente, el asesino con buena puntería que, con su disparo, ha causado gravísimas heridas en órganos vitales de la víctima o el terrorista avezado en el manejo de explosivos que, con la deflagración de la bomba ha conseguido en primera instancia seccionar las dos piernas de la persona a la que quería matar, al intentar ésta poner en marcha su vehículo, porque como en ambos casos las gravísimas heridas producidas están amenazando la supervivencia de la víctima, el posterior arrepentimiento del autor que le lleva a avisar a los servicios médicos que consiguen rescatar al lesionado de las garras de la muerte, degradaría el hecho a un simple delito de lesiones, posibilidad que se le niega al delincuente mucho menos peligroso, ya que éste, al no haber puesto en peligro la vida de la víctima, porque ni siquiera le ha producido una lesión, o sólo una de poca entidad, respondería en cualquier caso de una tentativa de asesinato, puesto que no se puede salvar la vida a quien no está expuesto a ningún riesgo de perderla.

Por estas dos razones, por las de carácter jurídico, y por las politicocriminales de que no es posible que el delincuente más peligroso resulte favorecido y que el menos peligroso, perjudicado, la tesis del Tribunal Supremo que rechazo no puede ser correcta.

Esta investidura como Doctor honoris causa por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo despierta en mí un sentimiento de gratitud que va más allá del que uno experimenta en actos como éste tan solemnes y honrosos. Porque Morelia y su Universidad están vinculados como pocas ciudades y como pocas instituciones en el mundo a los exiliados republicanos, es decir: a aquellas personas que sirvieron a este profesor que les habla, nacido en 1938, a aprender que el país en el que estaba haciéndose un hombre era algo más que el erial intelectual y científico que le rodeaba, y que al otro lado del océano seguía vivo el ejemplo de tantos españoles eminentes que habían luchado por la libertad porque habían creído en ella.

A esta ciudad en la que hoy les dirijo la palabra, gracias a la generosidad del ofrecimiento que le hizo el presidente Lázaro Cárde-

nas al entonces jefe de Gobierno de la República Juan Negrín, arribó en 1937 –de entre los 25.000 exiliados antifascistas acogidos por este país– un importante número de desamparados niños españoles, que pronto serían conocidos como los «niños de Morelia», para recibir una educación progresista en el «Internado España-México», y en esta Universidad Michoacana pronunciaron conferencias, dictaron cursos o pertenecieron a su claustro de profesores, compatriotas míos, cuya relación, aunque sea fragmentaria, produce el escalofrío que uno siente cuando se refiere a eximios cultivadores de las letras y de las ciencias de cuyas enseñanzas nos privó la dictadura franquista: María Zambrano y el antiguo Rector de mi Universidad José Gaos, García Bacca y Fernando de Buen, León Felipe y Juan Xirau, Bergamín y Fernando de los Ríos, Giral y Recasens Siches, relación en la que también quiero incluir a un Doctor honoris causa por esta Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, a Pablo Neruda, porque, aunque nacido en Chile, llevaba, como titula uno de sus mejores libros de poemas, a «España en el corazón».

Esta dignidad que hoy generosamente se me confiere tiene todavía para mí un ulterior significado, porque el 3 de octubre de 2005 se le otorgó a Amalia Solórzano, a la viuda de Lázaro Cárdenas, la medalla de oro de la Universidad Complutense, y qué mayor satisfacción puede recibir un profesor de precisamente ese centro de estudios madrileño que el de ser distinguido –en ese cruce de honores– por la Universidad del Estado del que fue cuatro veces gobernador el michoacano –junto a Morelos y Ocampo– más ilustre de la historia y el mejor amigo que España haya tenido nunca en México.

Por todas estas razones, que no son sólo estrictamente académicas, mi eterna gratitud al Honorable Consejo Universitario de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo por el otorgamiento de este Doctorado honoris causa. Y mi gratitud también a mi discípulo Alejandro González Gómez por el abrumador elogio que acaba de hacer a mi persona, por los esfuerzos que ha llevado a cabo para que este momento culminante de mi vida científica pudiera tener lugar, y por su lealtad, una virtud tan escasa que los privilegiados que disfrutamos de ella, y con ella, sabemos apreciar como un tesoro con el que nos ha regalado un benévolo destino. En este acto no sólo quiero mostrar mi gratitud hacia Alejandro González, sino también manifestar mi orgullo por haber tenido el privilegio de dirigir –junto a Álvaro Bunster– sus estudios de especialización de quien hoy en día es un gran investigador del Derecho penal, un profesor que con sus clases fascina a sus alumnos, y un sabio, justo y humano magistrado.

En esta solemne ceremonia están presentes mi discípulo mexicano Enrique Díaz-Aranda y mis discípulos españoles Rafael Alcácer y Margarita Valle, mis compañeros del departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense Miguel Ángel Cobos y María Martín, así como Victoria García Blanco y Marina Sanz, discípulas de mi discípulo Antonio Cuerda, actualmente catedrático de Derecho penal de la madrileña Universidad Rey Juan Carlos. ¡Qué alegría y cuánto honor que añadir al inmenso que hoy me otorga la Universidad Michoacana!

Permítanme que, para terminar, mencione todavía a dos personas que asisten a este acto.

A Raúl Zaffaroni, el más eminente penalista latinoamericano de todos los tiempos, con el que a partir de hoy comparto otro lazo: un doctorado honoris causa por la misma Universidad que estrecha con mayor fuerza aún una vieja amistad.

Y, finalmente, a Nieves, la mujer de la que estoy enamorado.

Hace unas semanas el gran pintor alemán Neo Rauch, a la pregunta de si consideraba que había colmado ya su vida artística, respondía: «Espero que no, porque para mi trabajo necesito el sentimiento de que lo mejor está todavía por llegar». Yo también necesito ese sentimiento para desarrollar mi actividad científica, y este doctorado honoris causa alimenta mi esperanza y me estimula para creer que lo mejor de mis investigaciones está aguardándome todavía en los años venideros.

He dicho.

Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: La victimología de máximos, después de Auschwitz (*)

ANTONIO BERISTAIN, SJ

Catedrático de Derecho Penal.

Miembro de la Sociedad Mundial de Victimología. San Sebastián

*A las niñas y niños víctimas del delito y del abuso
de poder,*

*a Maximilian Kolbe († 1941), Franz Jägerstätter
(† 1943),*

a Elie Wiesel, premio Nobel de la paz 1986, y

a las víctimas del 11-S y 11-M.

SUMARIO: 1. Agradecimiento, celebración y felicitación.—2. Motivos de felicitación: creamos una Sociedad que instaura y desarrolla en España la ciencia victimológica: 2.1 La Victimología (definición polisémica), 2.2 Ciencia nueva e innovadora; 2.3 Ciencia cosmopolita e integradora, desde las víctimas no provocadoras; 2.4 Ciencia hacia los máximos axiológicos: el arca de Noé, la cofa del arca; 2.5 Después de Auschwitz (olvidarlo es un crimen frecuente). 3. Rumbo al futuro recreativo: 3.1 Encontraremos adversarios; 3.2 Encontraremos más partners; 3.3 «Busquemos al hermano», no sólo en España y Latinoamérica.—4. Bibliografía.

(*) Estas páginas reproducen, con algunas modificaciones de estilo, el texto de mi conferencia pronunciada el 23 de octubre 2004 en Lérida, en el Acto Solemne de Clausura del I Congreso Español de Victimología.

Palabras clave: Auschwitz, Clases de víctimas, Criminología, Derecho penal, España, Ética de máximos, Felicidad, Gozo, «Hombre doliente» y *enaltecido*, Latinoamérica, Macrovíctimas, Recreación, Religión(es), Sufrimiento, Valores, *World Society of Victimology*.

1. AGRADECIMIENTO, CELEBRACIÓN Y FELICITACIÓN

¡Excelentísimas y muy estimadas autoridades!

En bastantes centros de enseñanza de algunas provincias de España, cuando los terroristas cometen un asesinato, algunos docentes al comenzar la clase invitan a un minuto de silencio, pero otros no lo hacen. Y propugnan que no debe hacerse, porque «la hora de clase no es para eso». Probablemente a muchos de nosotros, en esta emotiva clausura del *I Congreso Español de Victimología*, el corazón nos sugiere ponernos de pie y dedicar un minuto a las víctimas de todas las violencias, de los delitos, del abuso de poder, y de todas las catástrofes naturales que producen sufrimiento (1).

(Minuto de silencio).

¡Queridas amigas y amigos!

¡Gracias! en nombre de tantas y tantas víctimas de ayer, hoy y mañana. A ellas, dedico ésta mi exposición bajo el título «Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la Victimología de máximos, después de Auschwitz».

Cuando los colegas y amigos organizadores de este Congreso tuvieron la amabilidad de invitarme a participar en este Acto Académico propuse como título «La Sociedad Española de Victimología, ayer, hoy y mañana». Consideré que convenía estudiar de dónde venimos y a dónde vamos [los españoles somos herederos de juristas (2), filósofos, teólogos, monjes redentores de cautivos —como San Raimundo de Peñafort—, escritores como Cervantes, etc., que han teori-

(1) Como bien indica John DUSSICH, Secretario general de la Sociedad Mundial de Victimología, en el Tercer Curso Centroamericano de Victimología y Asistencia a Víctimas, en San Salvador (El Salvador), del 7 al 18 de junio 2004: «nuestra ciencia tiene como objeto también a cualquier persona que padece sufrimiento», aunque sea por causas naturales.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta las diversas, muy diversas, clases de víctimas. Las víctimas de un accidente de tráfico durante el fin de semana no pueden identificarse ni confundirse con las macrovíctimas del terrorismo en el País Vasco. (Después volveremos sobre este problema).

(2) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1961), «La llamada Victimología», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Omeba, Buenos Aires, pp. 19 ss.

zado y practicado la mejor Victimología]. Pero, conforme avanzaba en la preparación de mi texto, cambié un poco el título. Me refiero al ayer, el hoy y el mañana de la ciencia que Vds. en esta fecha implantan formalmente en España: la Victimología. En este Acto académico deseo analizar desde perspectivas atentas a la ética (cfr. Mireille Delmas-Marty) (3) a la evolución, a la reversibilidad del mal (4) y al concepto-fenómeno dual, nuevo (y, en determinadas circunstancias, peligroso, como subraya Josep M. Tamarit), de «victimario» y «víctimas», que mucho difieren de «delincuente» y «sujeto pasivo» del delito, en terminología del Derecho penal. Éste permanece en las antípodas de nuestra ciencia innovadora (5).

Lamento y pido disculpas por no haber estado aquí los días anteriores, y me duele no haber podido escuchar las magistrales ponencias de los eminentes colegas que han expuesto temas tan importantes. Me ha sido físicamente imposible.

He venido muy gustoso a esta bella ciudad de Lleida (algo comparable con Toledo), acogedora en su historia de diversas culturas, de pinturas rupestres... Sabe integrar, transformar, la dualidad en unidad; las dos catedrales en dos pulmones de un espíritu; sus dos partes geográficas: la septentrional, montañosa, se une y confunde con la meridional, llana... Sabe declarar una «guerra» –moros y cristianos– y convertirla todos los años en reconciliación, dando la victoria a ambos bandos en años alternativos.

He venido para felicitar a los fundadores de la Sociedad Española de Victimología y a sus colaboradores, para decir unas palabras acerca de los muchos y trascendentales motivos de felicitación, mirando al ayer, al hoy y al mañana, en España y fuera de España, principalmente en Latinoamérica. (Atentos, también, a la colaboración con la *World Society of Victimology*).

(3) DELMAS-MARTY, Mireille (2003), «Le Droit pénal comme éthique de la mondialisation», *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 41, 1/2, pp. 31-44. Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Río de Janeiro, agosto de 2003.

(4) BERISTAIN, Antonio (2002), «Le mal causé par le délit, est-il réversible et/ou irréversible? Rapports entre le Droit, le Théologie et l'Éthique», en John Vanacker (ed.), *Herstel en detentie. Hommage aan Prof. Dr. Tony Peters*, Politeia NV, Bruselas, 2002, pp. 29-39.

(5) ZAFFARONI, Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2002), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, pp. 218 s.

2. MOTIVOS DE LA FELICITACIÓN: CREAMOS UNA SOCIEDAD QUE INSTAURA Y DESARROLLA EN ESPAÑA LA CIENCIA VICTIMOLÓGICA

«El redescubrimiento de las víctimas y su papel en el Derecho penal puede ser abordado desde diferentes ángulos... son temas de vital importancia... aunque ello sea abordado de forma totalmente opuesta según entendamos las diferentes posturas.»

Esther Giménez-Salinas (1999), «*La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho penal reparador*», Barcelona, p. 69.

Ante la limitación de tiempo, comento sólo algunas de las múltiples causas de felicitación. Porque habéis creado y madurado la Sociedad Española de Victimología. Sociedad que instaure y desarrolle la ciencia victimológica nueva e innovadora, cosmopolita e integradora: la Victimología, después de Auschwitz... inolvidable Holocausto.

Ahora, formulo telegráficamente las coordenadas de su definición. A continuación, comentaré algo de sus contenidos principales.

2.1 La victimología. Definición polisémica

Del inteligente catedrático de filosofía Elías Díaz escuchamos: «¡No hay derecho! ¿a qué? A que el débil sea despreciado, explotado y aplastado por el fuerte. Para corregir eso y evitarlo se justifica que exista el Derecho» (6). Estas líneas pretenden definir el Derecho, más en concreto el Derecho penal. Pero, es una definición polisémica, pues en realidad definen la Victimología. Señoras y señores, el Derecho penal no corrige ni evita que los débiles sean aplastados por el fuerte (para comprobarlo basta que visitemos cualquier prisión del mundo; allí encontraremos a los débiles, a los pobres, a los explotados). En cambio, sí lo consigue y lo evita, cada día más, la Victimología, porque fomenta una ciencia nueva, cosmopolita e integradora, que se ocupa y preocupa con eficacia de todas las víctimas, como proclaman las Naciones Unidas, en su *Declaración sobre los princi-*

(6) DÍAZ, Elías (2004), «¿El mal (se) vende mejor que el bien? ¿por qué?», entrevista en *Tiempo de Hoy*, 11 de octubre de 2004, pp. 90 s.

pios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, cuando define qué se entiende por víctima (7):

«Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder... En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.»

En pocas palabras, podemos definir la Victimología como la ciencia y el arte pluri, inter y transdisciplinar que —en íntima relación con la investigación y la praxis del Derecho penal, la Criminología, la Sociología, la Filosofía y la Teología— investiga la victimación primaria, secundaria y terciaria, así como sus factores etiológicos, sus controles, sus consecuencias y sus respuestas superadoras de los conflictos y la delincuencia. Presta atención al análisis bio-psico-social de las diversas clases de víctimas, no sólo las directas e inmediatas. Está ejerciendo cada día más influencia en el campo tradicional de los delitos y de las sanciones. Un ejemplo concreto ha encontrado ya carta de ciudadanía: la sustitución del principio fundamental del sistema procesal democrático *in dubio pro reo* por el «revolucionario» *in dubio pro víctima*.

2.2 Ciencia nueva e innovadora

«Desde la perspectiva de la(s) víctima(s), un concepto de delito orientado en función de la lesión de un derecho subjetivo sería el mejor de los fundamentos para no ser olvidada(s) en el Derecho penal.»

Albin Eser (1998), *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima...*, Bogotá, p. 17.

(7) NACIONES UNIDAS (1985), *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985).

La Victimología es una ciencia nueva e innovadora en muchos sentidos. Al *delito* le damos un nombre nuevo: victimación. Le damos un contenido nuevo: no viola el interés jurídico protegido, ni la autoridad estatal, sino que viola los derechos subjetivos y objetivos de personas concretas. El delito tradicional se ubicaba en el contexto del poder estatal, mirando a la lesión del bien jurídico abstracto, con la respuesta –castigo- vindicativa –*just desert*- y resocializadora pero no lograda [*nothing works*, según Martinson (1974)]. El delito, hoy y mañana, no ha de seguir tipificándose sobre la lesión de un abstracto bien jurídico protegido (por ejemplo, la honestidad, la raza, la nación, la dictadura, el régimen, etc.) (8), sino sobre la lesión a personas concretas, vulnerables (por ejemplo, a la libertad e indemnidad sexual de las niñas violadas; arts. 178-194 del Código Penal).

También es nueva en cuanto a la *pena*, porque no pretende la vindicta, ni pretende el *malum passionis propter malum actionis*, sino que pretende la reparación, pero no en el sentido accesorio, ajeno y secundario del Derecho penal tradicional. La reparación victimológica «no es un cuerpo extraño en el Derecho penal, sino que debe entenderse, incluso, como parte esencial de la sanción penal» (9). Debe conllevar una reparación completa, desbordante, creativa, que atiende, indemniza, enaltece, y homenaja a las víctimas, como indican las NN.UU., en su Resolución de 18 de enero 2000 (10) [«La reparación moral y las garantías de no-repetición (de la victimación)..., según el caso, una u otra o el conjunto de las medidas siguientes: ... g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas...»].

Nueva, asimismo, en cuanto al sujeto pasivo del delito, al que otorga un nombre propio –«víctima»– con derechos y deberes muy distintos de los clásicos. Es, además, una ciencia innovadora porque, como veremos enseguida, crea, y cada día más, bases, metas y estructuras desconocidas en el campo del Derecho penal, Derecho procesal,

(8) ZAFFARONI, Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2002), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, pp. 498 ss.

(9) ESER, Albin (1998), *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, p. 42.

(10) Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las NN.UU., sobre «Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la Administración de Justicia, la impunidad (El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales)», en el apartado 25.g.

BASSIOUNI, Cherif, «Reconnaissance Internationale des Droits des Victimes», en SOS ATTENTATS (2003), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, Paris, pp. 134-185 (162 s.).

Política criminal, sistema policial y prisional, etc. (e incluso en el mundo religioso, como indicamos después).

Lógicamente, nuestra Sociedad Española de Victimología gira alrededor de polos ignotos en el Derecho penal, y opuestos a él. No alrededor del delito, ni de la pena. Gira alrededor de los más débiles: su hipocentro y su epicentro, su cumbre y pico culminante, su Everest, son los más débiles y vulnerables, las víctimas. Las personas desconocidas prácticamente en el Derecho penal y en las Constituciones nacionales (salvo la de México). Por fortuna, la *Constitución Europea* se refiere –indirectamente– a las víctimas en su Preámbulo («... sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos») y en el artículo III-321.

2.3 Ciencia cosmopolita e integradora, desde las víctimas no provocadoras

«Sabemos desde Auschwitz de lo que es capaz el ser humano.»

Viktor E. Frankl (1987), *El hombre doliente*, p. 79.

A nuestra ciencia victimológica hemos de considerarla cosmopolita e integradora. Ante la actual trágica diversidad y fragmentación política, cultural, religiosa (11) económica, etc., que llega hasta la negación de la universalidad de los derechos humanos básicos, como los proclamados en la Declaración universal de 1948, vemos con agrado que en la inmensa mayoría de los países se reconoce a las víctimas inocentes, no las provocadoras, como personas con extraordinario poder de convocatoria, que al escucharlo nos une, nos reúne, nos solidariza, nos humaniza...

Recordamos –en este sentido– cómo, a las pocas horas de que la Televisión mostrara las imágenes de Miguel Ángel Blanco agonizante, el día 12 de julio de 1997, en España, Europa y América salieron a la calle millones de personas abrazadas en compasiva fraternidad universal, con energía cósmica...

Este poder de hacerse oír acompaña a las víctimas desde el origen de la humanidad, como lo atestigua el grito que escuchó Caín, según narra el Génesis, «¿dónde está tu hermano... Abel?» (12). El eco de

(11) MATE, Reyes (2004), «Lo otro de la religión», *El País*, 8 de diciembre de 2004, p. 11.

(12) ALONSO-SCHÖKEL, Luis, SJ (1985), *¿Dónde está tu hermano? Textos de fraternidad en el libro del Génesis*, Institución San Jerónimo, Valencia.

este grito primigenio se repite y se agiganta a lo largo de la historia... también desde Auschwitz, desde el 11-S 2001, el 11-M 2004, y siempre que una joven es violada o un niño es torturado... Son gritos cosmopolitas. Y cosmopolita es nuestra ciencia-praxis integradora, que escucha, atiende, entiende y responde a las víctimas con *compasión*. Sí, compasión, como proclama el artículo 4 de la *Declaración* antes citada de las Naciones Unidas, en su Resolución de 29 de noviembre de 1985. Artículo que hemos de aplicar a las víctimas inocentes. Sabemos que no todas las víctimas son inocentes; que las hay culpables e incluso provocadoras de su victimación, tal y como explica en resumen el cuadro siguiente (13):

CLASES DE VÍCTIMAS			
Víctima	Tipo	Participación	Ejemplo
Víctima completamente inculpable	Víctima «ideal»	Ninguna participación activa	- Bomba en establecimiento público - Persona privada de conocimiento que es robada en calle céntrica no peligrosa - Persona dormida en coche-cama, en tren no peligroso que es robada
	Víctima por ignorancia o por imprudencia	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que fallece al provocarse el aborto
	Víctima con escasa culpabilidad	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que entrega al falso contrayente matrimonial su libreta de ahorro
Víctima parcialmente culpable	Víctima voluntaria	Mayor o menor contribución al hecho	Causación de la muerte de/a enfermo incurable, por su propio deseo (homicidio-suicidio)

(13) BERISTAIN, Antonio, «La Victimología ante las persecuciones a Ignacio de Loyola y los jesuitas», en CARO BAROJA, Julio; BERISTAIN, Antonio (1991), *Ignacio de Loyola, Magíster Artium en Paris 1528-1535*, Kutxa, San Sebastián, pp. 95-134 (99).

CLASES DE VÍCTIMAS

Víctima	Tipo	Participación	Ejemplo
Víctima completamente culpable	Víctima provocadora	Contribución exclusiva de la víctima al hecho victimizante no punible	Agresor que muere «víctima» del agredido que se defiende legítimamente
	Víctima propiciadora del delito	Contribución predominante de la víctima al hecho punible	- Estafador estafado - Borracho que fanfarronea en el bar con dinero y le hurtan la cartera
	Falsa víctima (delito simulado)	Denuncia falsa	Una mujer quiere vengarse de un hombre y le acusa de violación

Si tuviéramos más espacio, comentaría algunas de estas diversas víctimas. Ahora me limito a recordar las sugerencias y la cuestión victimológica que formuló públicamente el actual Superior General de la Compañía de Jesús, Peter-Hans Kolvenbach, SJ, en las Navidades del año 1989, en su visita a El Salvador: «Dado el ambiente de violencia que existe en casi todos los países de América Central, es inevitable que el asesinato de seis jesuitas de la Comunidad de la UCA haya suscitado –en medio de la gran solidaridad que hemos recibido en torno a los hechos acaecidos– un interrogante: ¿no habrá sido acaso –dicen algunos– la orientación misma de la Comunidad la que ha provocado este crimen?» (14).

En este campo se entremezclan múltiples valores éticos.

(14) Cfr. BERISTAIN, Antonio (2000), *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 278.

2.4 Ciencia hacia los máximos axiológicos: El Arca de Noé, la cofa del Arca

«Aunque digamos que la imagen de ser humano a la que se le otorga la dignidad es la del ser humano que sufre y no es perfecto, no por ello debiera interpretarse erróneamente como una glorificación del sufrimiento».

Regina Ammicht-Quinn (2003), «¿Es sagrada la dignidad?», *Concilium*, p. 225.

Nuestra Legislación y Jurisprudencia en general, y la penal en particular, deben tomar más en serio las avanzadas aportaciones axiológicas de la ciencia penal, criminológica (15) y victimológica (16). Junto a Ferrajoli (17) y su Derecho penal de mínimos y máximos, cabe recordar mi publicación en la prensa del 29 de mayo de 2004 (18). Pedía que cultivemos la Victimología *de valores máximos* [o, en terminología de Elmar Weitekamp, *micro-level* y *macro-level* (19)], que supera el peligro de considerar a las víctimas como meros *objetos* de reparación, ya que (según indican notables especialistas y documentos nacionales e internacionales) a las víctimas se les deben indemnizar todos los daños y perjuicios que se les han causado..., pero así se cubre *sólo* la reparación de *mínimos*. A las víctimas hemos de reconocerles, en teoría y en la praxis, su derecho a la reparación

(15) PICCA, Georges (2004), «Tendances actuelles de la criminalité à l'heure de la mondialisation», *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 42, 1/2, pp. 21-27.

(16) Cfr. La documentada tesis doctoral de SUBIJANA, Ignacio José, «Del olvido al reconocimiento: el principio de protección de las víctimas en el marco jurídico-penal material y procesal». (De próxima publicación).

(17) FERRAJOLI, Luigi (2000), *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, 4ª ed., Trotta, Madrid, p. 106. «En la teoría garantista se diferencia entre el Derecho penal mínimo y el Derecho penal máximo. En el Derecho penal mínimo la certeza se centra en que ningún inocente sea sancionado a costa de la incertidumbre de que algún culpable pueda resultar inocente. En el Derecho penal máximo la certeza está en que ningún culpable resulte impune a costa de la incertidumbre de que algún inocente pueda ser sancionado».

(18) BERISTAIN, Antonio (2004), «De la Victimología de mínimos a la de máximos», *ABC*, 29 de mayo, p. 22.

(19) WEITEKAMP, Elmar (2000), «Research on Victim-Offender mediation. Findings and needs for the future», en *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice* (ed.) (2000), *Victim-Offender. Mediation in Europe*, Leuven University Press, pp. 104 s.; BERISTAIN Antonio (1990), «La Victimología creadora de nuevos derechos humanos», en Beristain, A. y De la Cuesta, J. L. (comps.), *Victimología*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, p. 208.

de *máximos*, es decir, a tratarles como *sujetos*, como protagonistas, como agentes sociales axiológicos de nuestra sociedad, merecedores, en justicia, de que se les considere acreedores de una discriminación *positiva* (20).

La Victimología de *mínimos* podemos concebirla como el Arca de Noé, para acoger y dar cobijo a todos los náufragos del diluvio de la violencia y del sufrimiento. En cambio, quienes deseamos avanzar hacia la Victimología de *máximos* (21) colocamos a las víctimas, y sobre todo a las macrovíctimas (del terrorismo), en la cofa del Arca, como guías para dirigir el Arca y la sociedad al puerto de la justicia restaurativa, en el más amplio, progresivo y multifacético sentido del moderno vocablo «reparación» y protagonismo axiológico.

La Sociedad Española de Victimología aspira a transmitir y cultivar estos valores máximos a los penalistas, a los juristas en general (*in dubio pro víctima*), al personal de prisiones, a los políticos, a los docentes, a las Iglesias, a la Compañía de Jesús (22), etc.

(20) GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993), *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 537 ss.

(21) CORTINA, Adela (2004), *Ética mínima: Introducción a la Filosofía práctica*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 19 s.: «Los máximos no puede exigirse, pero son el suelo nutricio de los mínimos, a ellos puede invitarse y deben hacer tal invitación quienes realmente crean que son una respuesta al afán de felicidad».

(22) Cuna de insignes victimólogos: CASTÓN BOYER, Pedro, SJ (2004), Epílogo «A las víctimas y a los defensores de las víctimas del terrorismo», en BERISTAIN, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 331-336; SEGURA, Manuel, SJ (2002), «Posible carta de los obispos vascos», *El Día*, Tenerife, 8 de junio de 2002; ESTRADA, Juan Antonio (2003): *Imágenes de Dios. La Filosofía ante el lenguaje religioso*, Trotta, Madrid, pp. 227 ss., etc. Sin olvidar las acertadas observaciones de CASTILLO, José M., SJ (2004), «La Fe que hace Justicia», Comunicación al debate: Una Fe que hace Justicia, *Promotio Iustitiae*, Revista SJ del Apostolado Social, Roma, núm. 82, pp. 17 s.: «La misión de la Congregación General 32 nos presentó la misión de la Compañía orientada a “promover la justicia”. Pero sabemos que, en nuestra espiritualidad tradicional, basada en la espiritualidad de los Ejercicios, no se hace mención alguna de la “promoción de la justicia”. Es verdad que un hombre que ordena sus “afecciones desordenadas”, hasta llegar a vivir el tercer grado de humildad, está perfectamente capacitado para llegar a la generosidad más heroica en la “promoción de la justicia”. Pero tan cierto como eso es que la experiencia nos está enseñando que se puede vivir con toda generosidad el “tercer grado de humildad” y la “contemplación para alcanzar amor” sin ver en todo eso la ineludible necesidad de defender la justicia en el mundo, de manera que, si eso se hace en serio, se entra en el inevitable conflicto con el sistema establecido. La historia de la Compañía, en los últimos cuarenta años, es elocuente en este sentido. De hecho, los jesuitas que, por defender causas justas, han ocasionado serios problemas a la Compañía ante los poderes políticos y económicos o han dañado su imagen pública, con frecuencia se han

– A los procesalistas (23), operadores de lo judicial... les pedimos que releen el atinado y excitativo mensaje de Cherif Bassiouni, en su Informe final a la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las NN.UU., de 18 de enero de 2000, sobre «Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la Administración de Justicia, la impunidad (El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales)».

– A los teólogos, les recordamos que todo hablar auténtico emerge del fondo de la angustia que experimenta la persona mística (24), que el Buen Samaritano merece sumo aprecio, pero más aprecio merece el Siervo Sufriente y *Enaltecido y Gozoso*; que las víctimas no son únicamente las personas que sufren un daño personal (25), sino también quienes soportan, padecen, catástrofes naturales (por ejemplo, un terremoto) (26); que la otra cara de la Luna del mensaje evangélico enaltece a Abel más que castiga a Caín, y declara la simultaneidad del sufrir con el gozo y la felicidad, como en las Bienaventuranzas del Evangelio de S. Mateo (cap. V: «Bienaventurados y felices los pobres y los que sufren»); que la diosa Dido adoctrina a Eneas: *non ignara mali, miseris succurrere disco* (por haber experimentado el sufrimiento, he aprendido a consolar a quienes sufren); que a la luz de Theilhard de Chardin, Karl Rahner, Maximilian Kolbe, Dietrich Bonhöffer, Raimon Panikkar, Xavier Melloni, Willigis Jäger, etc., pueden transformar las lágrimas en ofrenda; pueden experimentar el misterio paulino de «completar lo que falta a la pasión de Jesucristo»: «Ahora me gozo en mis padecimientos sufridos por vosotros y cumplo, por mi parte, lo que faltaba de las

encontrado solos, han sido vistos como hombres sospechosos o han vivido graves dificultades ante sus superiores. Nada de eso ha ocurrido por casualidad».

(23) Con razón Albin Eser escribe: «una adecuada participación de la víctima en el proceso no debe entenderse como una mera concesión, sino como un derecho originario». Cfr. ESER, Albin (1998), *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 42.

(24) ZAFFARONI, Raúl (2003), «Prólogo», en BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías, *Criminología y dignidad humana. Diálogos*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, p. XII.

(25) Cfr. nota 7, antes citada.

(26) SOBRINO, Jon (2004), *Cartas a Ellacuría 1989-2004*, Trotta, Madrid, *passim* (cfr. las matizaciones de KLEIN, Nikolaus, «Briefe an Ignacio Ellacuría», *Orientierung*, núm. 21, 15 de noviembre de 2004, p. 225); *idem* (1999), *La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas*, Trotta, Madrid; CASTILLO, José M. (2004), «La Fe que hace Justicia», *op. cit.*, pp. 17 s.

penalidades de Cristo en mi carne por el bien de su cuerpo, que es la Iglesia» (27), (sin caer en masoquismo).

– Al personal de prisiones deseamos iniciarles en su paradigmática misión: preparar a los victimarios, condenados y presos para dialogar dentro de los muros carcelarios con sus víctimas, atenderlas, entenderlas y llegar a una *justa* mediación y reconciliación reparadora, como se practica ya desde hace un par de años en todos los establecimientos penitenciarios de Bélgica. Los legisladores y los funcionarios de las Instituciones prisionales, en determinadas circunstancias, deben tener más en cuenta la máxima *in dubio pro victima*.

– A quienes laboran en centros pedagógicos les aconsejamos que escuchen y acaten el mensaje de las Naciones Unidas [en su citada Resolución, de 18 de enero de 2000, punto 25.h)] cuando exige: «la inclusión en los manuales de enseñanza de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en los libros de texto de todos los niveles, de una relación fidedigna de las violaciones cometidas contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario» (poco de esto se hace en el País Vasco o el resto de España).

– A los ciudadanos todos, les pedimos que caigan en la cuenta del peligro de dejarse llevar por la cultura violenta de los victimarios [de aceptar sus erróneos postulados (28)]; de olvidar que la paz no tiene precio; que es fruto de la justicia y la *justa* compasión (29); que se equivocan muchas personas del País Vasco o fuera del País Vasco, cuando –ante tal o cual defensa de viudas o huérfanos víctimas de ETA– exclaman o piensan: «¡que nos dejen en paz ya de tanto hablar e insistir sobre el problema de la violencia terrorista de ETA!»; cuando a ETA y a sus cómplices sólo se les exige que abandonen las armas... y se les promete impunidad.

Les repetimos la urgencia de dedicar homenajes y erigir monumentos (30) a las víctimas del Holocausto y del terrorismo, pues no hacerlo es delito de omisión (Berlín y muchas otras ciudades alemanas, y también múltiples instituciones, como el Instituto de Criminología de la Universidad de Munich, lo han hecho. Ojalá los españoles sigamos su ejemplo).

(27) Epístola de San Pablo a los Colosenses, cap. I, vers. 24.

(28) BERISTAIN, Antonio (2004 b), «¿Lo peor de ETA contagia incluso a muchos no violentos?», *La Razón*, 15 de diciembre de 2004, p. 28.

(29) SAVATER, Fernando (1993), *Ética para Amador*, 16ª ed., Ariel, Madrid.

(30) «Conmemoraciones y homenajes a las víctimas». Cfr. nota 10, antes citada.

Les preguntamos si en España, hoy, para cumplir la justicia elemental basta con requerir a los terroristas (y a sus cómplices y encubridores) que renuncien a la violencia... si es necesario exigirles hacer algo más –de palabra y de obra, concreto y eficaz– a favor de la *justicia restaurativa* que satisfaga –*hic et nunc*, aquí y ahora– los derechos humanos de las víctimas, que repare los daños que se les han causado. Sin reparación no cabe la paz, ni el diálogo.

2.5 Después de Auschwitz (olvidarlo es un crimen frecuente)

«... el Tribunal Penal Internacional nos recordará que no debemos olvidar esos terribles crímenes de manera que podamos tener en cuenta el consejo tan acertadamente apuntado por George Santayana, al decir que aquellos que olvidan las lecciones del pasado están condenados a repetir sus errores.»

M. Cherif Bassiouni (1998), «Comunicado», Ceremonia de apertura para la firma del Convenio para la Constitución de un Tribunal Penal Internacional, Roma, 18 de julio de 1998.

Actualmente, numerosos especialistas argumentan la inexorable necesidad de injertar en la justicia humana tradicional la memoria viva de Auschwitz, las prisiones de exterminio nazi, los innumerables Gulags y campos de concentración que llenaron de terror la Unión Soviética y países satélites... Tantos millones de víctimas del Holocausto no pueden hundirse en el olvido. No caben en el fondo del océano. La terrible experiencia del escritor judío Elie Wiesel, superviviente de Auschwitz, Buna, Buchenwald y Gleiwitz, nos sobrecoge e intranquiliza hoy, mañana y pasado mañana:

«A los quince años (...) nunca olvidaré la primera noche en el campo de Auschwitz, que hizo de mi vida una larga noche cerrada con siete llaves. Nunca olvidaré las caritas de los niños cuyos cuerpecillos vi transformados en torbellinos de humo bajo un cielo mudo. Nunca olvidaré estas llamas que consumieron para siempre mi fe» (31).

(31) WIESEL, Elie (1987), *La noche, el alba, el día*, Muchnik, Barcelona.

Tenemos la obligación académica y moral de recordar el Holocausto, en cotidianas circunstancias de nuestras publicaciones, nuestras actividades académicas y no-académicas, etc. Pero, muchos tratadistas de Historia, Teología (32), Ética (33), Derecho, Sociología, Criminología (34), etc., casi nunca lo rememoran, ni lo compadecen.

El aspecto más importante de la conciliación es la confrontación, que exige al victimario saber que la víctima es «de carne y hueso», y a la víctima la sensación de que alguien va a reparar el daño causado. Que no quedará en el *olvido* (35)

Después de Auschwitz perviven –imborrables– dos clarificadores mensajes en los cristianos y en todas las grandes religiones: el del Buen Samaritano y el del Siervo Sufriente (36) Aquél, cura y atiende altruísticamente al herido desconocido. Así, cumple un bello ideal. Éste, el Siervo Sufriente, Enaltecido y *Gozoso* (subrayo), vive otro prototipo de humanismo superior: ofrece y entrega su vida por los demás, incondicionalmente. Lo profetizó Isaías, en sus tres cantos (cap. 42, 1-4; cap. 50, 4-6; cap. 53, 4-7). Lo comentan Viktor E. Frankl, en diversas páginas en las que se desvela la faceta positiva del sufrimiento, en su libro *El hombre doliente* (37), Ignacio Larrañaga, en su libro *Del sufrimiento a la paz* (38), José Ramón Busto, SJ, Rector de la Universidad Pontificia Comillas, en su Lección inaugural

(32) Merece criticarse el silencio, en este problema, de eminentes personalidades, como Karl Rahner. Éste en ninguna de sus miles de páginas, ni una sola vez, menciona los campos de concentración nazis, el holocausto de seis millones de judíos.

(33) Cfr. LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, SJ (2004), «50 años de Teología moral», *Proyección. Teología y mundo actual*, año LI, núm. 213-214, abril-septiembre, pp. 133-152.

(34) «La Criminología crítica ignora por completo a las víctimas... el libro de Baratta se caracteriza por la ausencia total de las víctimas», como escribe AEBI, Marcelo F. (2004), «Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta», en Fernando Pérez Álvarez (Ed.), *In memoriam Alexandri Baratta*, Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca, p. 47.

(35) GIMÉNEZ-SALINAS, Esther (1999), «La conciliación víctima-delincuente: Hacia un derecho penal reparador», en AA.VV., *La Mediación Penal*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia-Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada, Institut Vasco de Criminología, Barcelona, pp. 80 s.

(36) GUILLET, Jacques (1981), «Gethsémani», *Christus*, núm. 111, T. 28 (monográfico «Souffrance vaincue»), junio, pp. 307 ss.

(37) FRANKL, Viktor E. (1987), *El hombre doliente. Fundamentos antropológicos de la psicoterapia*, Herder, Barcelona. Capítulo «Argumentos en favor de un optimismo trágico» (pp. 63-79 [75]), y pp. 149 s.

(38) LARRAÑAGA, Ignacio (2003), *Del sufrimiento a la paz. Hacia una liberación interior*, 15ª ed., Ed. Paulinas, Madrid, pp. 202 ss.

del Curso Académico 1998-1999: «El sufrimiento ¿roca del ateísmo o ámbito de la revelación divina?» (39), etc.

Del mensaje bíblico esperanzador, la figura del Siervo Sufriente y Enaltecido es lo más exquisito y misterioso. Encarna todo el sufrimiento humano y todo el *gozo*; Incluye la muerte afrentosa y la felicidad. En esa figura el dolor se redime, porque es aceptado, es inocente, es por otros y termina en victoria propia y ajena. Redime y hermana dos suertes al parecer irreconciliables: la humillación y la elevación, el sufrimiento y el *gozo*, la muerte y la vida. Dios y los hombres testifican con el Siervo que el dolor inocente es redimido y redime, carga con la cruz, perdona los pecados y da vida.

El Siervo Sufriente y Enaltecido («el crucificado y resucitado», como repite Karl Rahner) «no tiene apariencia ni belleza..., abandonado de los hombres... y familiarizado con el sufrimiento..., le despreciamos y no le estimamos» (40). Sin embargo, a pesar de su nobelleza, su no-sentido y por eso mismo, Dios le encumbra por encima de todos. Con otras palabras, la víctima marginada, humillada, torturada..., merece ser atendida, reparada y, más aún, homenajead. Isafas proféticamente proclama que merece y logra mucho más: ser enaltecida, colmada de honores: «mi Siervo tendrá éxito, será elevado, ensalzado y excelso en extremo» (41).

3. RUMBO AL FUTURO RECREATIVO

«Sí, en pro de la defensa y *recreación* –subrayo– de la única realidad sagrada que es la persona.»

Enrique Ruiz Vadillo (1996), «Exigencias constitucionales en el proceso penal...», *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, p. 255.

Nuestra Sociedad Española de Victimología ha de conseguir que la Universidad Española cree pronto la *Licenciatura en Victimología*, como creó la *Licenciatura en Criminología* (Real Decreto de 858/2003,

(39) BUSTO, José Ramón (1998), «El sufrimiento ¿roca del ateísmo o ámbito de la revelación divina?», Lección inaugural del Curso académico 1998-1999, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

(40) LARRAÑAGA, Ignacio (2003), *Del sufrimiento a la paz. Hacia una liberación interior*, ..., pp. 229 s.

(41) Profeta Isafas, cap. LII, vers. 13, y toda la «primera lectura» litúrgica del Viernes Santo.

de 4 de julio —«BOE», 8 de julio de 2003— por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Criminología). También debe editar alguna revista o boletín, organizar Cursos y Congresos, nacionales e internacionales; y, ya desde ahora, crear Institutos universitarios de Victimología. Éstos han de promover el saber y el hacer victimológico que «inventa» y aplica sanciones menos severas, más humanas, pues ni los ciudadanos ni nuestras autoridades (42), ni nuestros jueces (Georges Rouault (43) somos creadores de dolor. Han de devolver —en cuanto sea posible— el delito y la respuesta a sus dueños, como argumentan Esther Giménez-Salinas (44) y Nils Christie (45). Y dar más espacio de reconciliación también a la sociedad, a la comunidad, en la búsqueda de más positivas soluciones (46).

Al prever y pergeñar el futuro de nuestra Sociedad Española de Victimología, permítanme que además de asumir los roles esenciales de las Asociaciones de las Víctimas que explana Robert Cario (47), tome en particular consideración algunos de los temas que expuse los días 8 y 9 de junio de 2004 en el Tercer Curso Centroamericano de Victimología y Asistencia a Víctimas, celebrado en San Salvador (El Salvador): «Respuestas recreativas a las macrovíctimas del terrorismo en el siglo XXI». Insistí en avanzar por el camino *recreativo* que abren reconocidos pioneros. Por ejemplo, entre otros, Tony Peters (48), Ruiz Vadillo, Elmar Weitekamp (49), etc. (50). Este

(42) CHRISTIE, Nils (1984), *Los límites del dolor*, trad. de María Luz Caso, Fondo de Cultura Económico, México.

(43) COURTHION, Pierre (1980), *Les grands peintres: Georges Rouault*, La Bibliothèque des grands peintres, Ed. Cercle d'Art, Paris, p. 90.

(44) GIMÉNEZ-SALINAS, Esther (1999 a), «La mediación: Una visión desde el derecho comparado», en AA.VV., *La Mediación Penal*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia-Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada, Instituto Vasco de Criminología, Barcelona, pp. 94 ss.

(45) CHRISTIE, Nils (1978), «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*, núm. 17. pp. 1-15.

(46) WEITEKAMP, Elmar, *op. cit.*, pp. 104 s.

(47) CARIO, Robert, «Terrorisme et Droits des Victimes», en SOS ATTENTATS (2003), *Terrorisme...*, *op. cit.*, pp. 342-361 (352 ss.).

(48) PETERS, Tony, y NEYS, Achille (1994), «La pena considerada desde una perspectiva de reparación», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 8, San Sebastián, pp. 165-195.

(49) WEITEKAMP, Elmar, *op. cit.*, p. 113.

(50) BERISTAIN, Antonio (1994), «La construcción criminológica de la realidad jurídico-penal», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 8, San Sebastián, pp. 105-114 (Antropología recreadora desde la victimación; Delincentes y víctimas recreadores; El proceso como encuentro comprensivo recreador; La sanción: no reacción, sí recreación); *idem* (1994 a), *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 337-354.

último, al comentar la «Justicia restaurativa o Victimología restaurativa», introduce un adjetivo clave, más innovador: Justicia y Victimología *recreativa*.

Hemos de contribuir a que España y los países culturalmente más afines desarrollemos una Victimología a la que se pueda y deba aplicar las palabras de Weitekamp, sobre la Justicia restaurativa: «is a basic and unique response to crime and has... to be distinguished clearly from retributive and rehabilitative response to crime. Sometimes these may have nuances of restorative concerns but their central purpose is quite different» (la respuesta básica al crimen... debe distinguirse claramente de la respuesta retributiva y rehabilitadora al crimen. Algunas veces ésta puede tener matices de justicia restaurativa, pero su propósito central es completamente diferente) (51).

Hacia esta perspectiva de la recreación (52) nos anima el espléndido cuadro de la Capilla Sixtina: «La creación de Adán». Miguel Ángel acierta al plasmar en este cuadro lo principal de la dignidad humana (53), la persona imagen de Dios creador. El hombre y la mujer somos imagen del Creador, somos *recreadores*. Esta cosmovisión me aleja, a veces, de Rafael Sánchez Ferlosio (54), merecidamente galardonado con el «Premio Cervantes 2004», y de la inteligente Victoria Camps (55), cuando propugnan la irreversibilidad radical de «la marca de Caín». También me distancia de mi amigo Castilla del Pino (56), que, en idéntico sentido, afirma que nunca desaparece «el peso de la culpa» de los grandes delitos. Yo, en cambio, sigo buscando técnicas de reparación, mediación y reconciliación –deconstruidas desde los modernos sistemas derridianos (57)–; sigo buscando en el Siervo Sufriente al Siervo Enaltecido, recreado...

(51) WEITEKAMP, Elmar, *op. cit.*, p. 102.

(52) BERISTAIN, Antonio (1990), «La Victimología creadora de nuevos derechos humanos», en A. Beristain y J. L. de la Cuesta (Comps.), *Victimología...*, pp. 205 ss.

(53) CORTINA, Adela (2004), *Ética mínima: Introducción a la Filosofía práctica*, 9ª ed., Tecnos, Madrid.

(54) SÁNCHEZ FERLOSIO, Rafael (1996), «La señal de Caín», *Claves de razón práctica*, núm. 64, julio-agosto, pp. 14 ss.

(55) CAMPS, Victoria (1996), «Sobre el derecho y la moral. Apostilla a Rafael Sánchez Ferlosio», *Claves de razón práctica*, núm. 66, octubre, pp. 76 ss.

(56) CASTILLA DEL PINO, Carlos (1968), *La culpa*, Revista de Occidente, Madrid.

(57) ORTIZ-OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi (dirs.) (2001), *Diccionario de Hermenéutica. Una obra interdisciplinar para las ciencias humanas*, 3ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 146 ss.

con la esperanza de que nada es irreversible (58), pues el hombre es capaz de superar su *culpa* (subrayo) y, con ello, de superarse a sí mismo (59); sigo buscando argumentos que confirmen la proclamación de Jesucristo en el *Apocalipsis*, cap. XXI: «Yo hago nuevas todas las cosas».

La Victimología del futuro va encontrando ya acogida notable entre los científicos y los ciudadanos de Alemania, Austria, Nueva Zelanda... [Weitekamp (60)]. De sus avances teóricos y prácticos se puede decir lo que Josep Maria Tamarit afirma de las reformas adoptadas como estrategia de reducción de la victimización de los menores infractores: «las iniciativas emprendidas por otros Estados europeos pueden señalar en parte el camino a seguir, sin que puedan valer como excusa los elevados costes de algunas innovaciones, pues la mayor parte de ellas requieren en este contexto una *mayor sensibilidad* (subrayo) del legislador y especialmente un *cambio de actitud* (subrayo) por parte de los profesionales del Derecho y los diversos agentes del sistema penal más que elevadas aportaciones presupuestarias» (61).

Hemos de ubicar, recolocar, a las víctimas [según sus diversas clases (62)] como las protagonistas centrales del proceso penal (y/o civil) (63).

3.1 Encontraremos adversarios

«*Ethos Ramón Llull* es un órgano de la Universitat Ramón Llull (Barcelona) que... pone a disposición de los profesionales y de las organizaciones herramientas para promover los valores éticos clave para la toma de decisiones.»

Esther Giménez-Salinas (2004), *Lección inaugural del Curso académico 2004-05*, Universitat Ramón Llull, Barcelona.

(58) RUBIO, Miguel (1987), *La fuerza regeneradora del perdón*, PS, Madrid.

(59) FRANKL, Viktor E. (1987), *El hombre doliente...*, p. 75.

(60) WEITEKAMP, Elmar, *Op. cit.*, pp. 100 s.

(61) TAMARIT, Josep M.; VILLACAMPA, Carolina, y TORRES, Nuria, «Under-Age Victims and Criminal Processes in Spain», www.aqpv.ca/diffusion/textes.

(62) BERISTAIN, Antonio (2004 a), *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 33-39.

(63) SAMPEDRO, Julio Andrés (2003), *La Humanización del Proceso Penal. Una propuesta desde la Victimología*, Legis, Bogotá, pp. 216 ss.

Antes de terminar, deseo alertarnos a todos de un peligro y de una victoria. Deseo presagiarnos que encontraremos grandes dificultades, pues la Victimología, en España y en todos los países, tropieza con fuertes adversarios (no «enemigos»). También desde nuestra propia «casa» (Derecho penal y Derecho procesal) encontramos obstáculos porque las innovaciones victimológicas suscitan oposición en puntos fundamentales del Derecho tradicional; surgen conflictos incluso en personas altruistas que trabajan como «voluntarios» en el campo penal y prisional. Lo desvela la revolucionaria experiencia de Sister Helen Prejean, en su trato humanístico con Patrick Sonnier, condenado a la pena capital y ejecutado –como nos recuerda la película *Pena de muerte* (dirigida por Tim Robbins)–, cuando los familiares y amigos de las víctimas le reprocharon que los olvidaba injustamente. Muy similar fue la experiencia del jesuita belga Philippe Landenne (64), que desde el 23 de abril hasta el 18 de julio de 1991 interrumpió su trabajo para vivir, en la cárcel suiza de Bellechasse, cerca de Fribourg (Suiza), como un preso cualquiera, siguiendo el régimen común, sin excepción alguna. Se dedicaba a los presos, victimarios, pero omitía su deber respecto a las víctimas. Nada hacía por ellas. Debía recordar la lección perenne de Auschwitz.

Lamentablemente, algunas ediciones españolas del Código Penal, en las páginas de índice analítico, no citan la palabra víctima, aunque ésta aparece más de veinte veces (65) en dicho Código (66). Algunos Tratados de Derecho penal y de Derecho procesal carecen de referencia explícita a la Victimología. Algunos analizan bien el campo de la «imputación a la víctima» (67); otros, lo comentan desde perspectivas excesivamente tradicionales.

Importantes personas e instituciones subrayan excesivamente las facetas polemógenas de la Victimología. También muchos juristas

(64) LANDENNE, Philippe (1999), *Résister en prison. Patiences, Passions, Passages...*, Lumen vitae, Bruselas, pp. 212-232.

(65) En el Código Penal de 1995, el término víctima aparece en los artículos siguientes: 21.5ª; 22.4ª y 5ª; 48; 57; 114; 143.4; 148.3º; 165; 177; 180.3ª y 4ª; 181.3; 182.1º y 2º; 184; 191.1; 195.3; 197.5; 235.4; 242.2; 250.1.6º y 7º.

(66) BERISTAIN, Antonio (1997), «El Código penal de 1995 desde la Victimología», *La Ley*, núms. 4302, 4303, pp. 1-5, 1-7; *idem* (2004 a), *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

(67) CANCIO MELIÁ, Manuel (1998), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona.

como Luigi Ferrajoli (68) nos critican cuando proclamamos el principio *in dubio pro victimas* en determinadas circunstancias, sin excluir el *in dubio pro reo*.

Permítanme que espume ahora un breve comentario final. Podríamos resumirlo en esta frase: Nuestra Sociedad Española de Victimología rememora y actualiza la ética (el *ethos*) después de Auschwitz y avanza hacia la justicia restaurativa de los más débiles. Esta Sociedad jamás cotizará en Bolsa, pero siempre y cada día más cotizará –¡paradójica cotización!– en la compasión samaritana de miradas hacia millones de víctimas, y en vuestra propia íntima felicidad. Nada y nadie nos la mermará. Enhorabuena y gracias, de todo corazón. Estamos satisfechos y gozosos. Nuestro empeño y compromiso a favor de las víctimas dará sentido altruista a nuestro vivir y morir.

3.3 «Busquemos al Hermano», especialmente en España y Latinoamérica

«El hombre no es inmutable, sino que siempre puede cambiar.»

Viktor E. Frankl, *El hombre doliente*, p. 75.

La Sociedad Española de Victimología cultiva el «Principio Esperanza» (E. Bloch) y la evolución (Teilhard de Chardin, SJ). Se compromete a colmar los deseos más optimistas en los cambios jurídicos y en la reforma penal, aunque sabe que todavía «la reforma penal no ha alcanzado la extensión necesaria desde la perspectiva del sistema penal en su conjunto, dadas las carencias existentes en aspectos tan esenciales como el Derecho procesal penal y el Derecho penal de menores» (69).

Nuestros programas brotan desde la victimación, desde el humanismo y el humus de nuestra tierra e historia española y latinoamericana. Deben dirigirse y enriquecer especialmente a España y Latinoamérica, con mensajes cosmopolitas, como el de Braulio Ortiz Poole, en los últimos versos de su poesía «Los lagos», premiada por la Fundación Alberto Jiménez-Becerril, de Sevilla:

(68) FERRAJOLI, Luigi (2001), «Prefacio», en Ana Messuti y Julio Sampedro (comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 14.

(69) TAMARIT, Josep M. (1998), *La víctima en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, p. 228.

«... Abandonemos la casa de Caín
y escondamos los fósforos que prenden este odio.
No podemos vararnos donde haya una riada...
Vayamos donde tanta historia convulsa halle su reposo.
Donde lo humano y lo divino se entremezclen.
Donde la justicia y el afecto arreglen cada arista del mundo...
Busquemos al hermano.»

Sí, busquemos al hermano, con la justicia restaurativa y recreativa, con nuestra ciencia victimológica de máximos, después de Auschwitz... que al rememorar aquellas muertes las transforma en vida regeneradora, y aquellos odios en compasión gozosa (70)..., que (con pupila victimológico-mística) en la cruz y la agonía de la noche oscura ve *lux in tenebris*, ve y alcanza realmente la gozosa y extática unión con el Amado (71):

¡Oh noche que guiaste,
oh noche, amable más que el alborada,
oh noche que juntaste
amado con amada,
amada en el amado transformada!

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEBI, M. F. (2004), «Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta», en Fernando Pérez Álvarez (ed.), *In memoriam Alexandri Baratta*, Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca, pp. 17-56.
- ALONSO-SCHÖKEL, L. (1985), *¿Dónde está tu hermano?* Textos de fraternidad en el libro del Génesis, Institución San Jerónimo, Valencia.
- AMMICHT-QUINN, R. (2003), «¿Es sagrada la dignidad? El ser humano, la máquina y el debate sobre la dignidad», *Concilium*, núm. 300, abril.

(70) ... para Jesús lo primero fue devolver la felicidad, la dignidad y la alegría a los que sufren. CASTILLO, José María (2004 a), *Víctimas del pecado*, Trotta, Madrid; JOHNSTON, SJ, William (2003), *Mística para una nueva era. De la teología dogmática a la conversión del corazón*, Desclée de Brouwer, Bilbao, pp. 279 ss.

(71) SAN JUAN DE LA CRUZ, «La noche oscura», canción 5ª. Cfr. *Obras escogidas*, 8ª ed., edición y prólogo de I. B. Anzoátegui, Espasa-Calpe, Madrid, 1984, p. 30.

- BASSIOUNI, M. C. (1998), «Comunicado», Ceremonia de apertura para la firma del Convenio para la Constitución de un Tribunal Penal Internacional, Roma, 18 de julio de 1998.
- BERISTAIN, A. (2004), «De la Victimología de mínimos a la de máximos», *ABC*, 29 de mayo, p. 22. BERISTAIN, Antonio (2004 a), *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BERISTAIN, A. (2004 b), «¿Lo peor de ETA contagia incluso a muchos no violentos?», *La Razón*, 15 de diciembre de 2004, p. 28.
- (2002): «Le mal causé par le délit, est-il réversible et/ou irréversible? Rapports entre le Droit, le Théologie et l'Éthique», en John Vanacker (ed.), *Herstel en detentie. Hommage aan Prof. Dr. Tony Peters*, Politeia NV, Bruselas, 2002, pp. 29-39.
- (2000), *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (1997), «El Código penal de 1995 desde la Victimología», *La Ley*, núms. 4302, 4303, pp. 1-5, 1-7.
- (1994), «La construcción criminológica de la realidad jurídico-penal», Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de *Criminología*, núm. 8, San Sebastián, pp. 105-114.
- (1994 a), *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (1990), «La Victimología creadora de nuevos derechos humanos», en A. Beristain y J. L. de la Cuesta (comps.), *Victimología*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, pp. 205-228.
- BUSTO, J. R. (1998), «El sufrimiento ¿roca del ateísmo o ámbito de la revelación divina?», *Lección inaugural del Curso académico 1998-1999*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- Camps, V. (1996), «Sobre el derecho y la moral. Apostilla a Rafael Sánchez Ferlosio», *Claves de razón práctica*, núm. 66, octubre.
- CANCIO MELIÁ, M. (1998), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona.
- CARO BAROJA, J. y BERISTAIN, A. (1991), *Ignacio de Loyola, Magíster Artium en Paris 1528-1535*, Kutxa, San Sebastián.
- CASTILLA DEL PINO, C. (1968), *La culpa*, Revista de Occidente, Madrid.
- CASTILLO, J. M. (2004), «La Fe que hace Justicia», Comunicación al debate: Una Fe que hace Justicia, *Promotio Iustitiae*, Revista SJ del Apostolado Social, Roma, núm. 82, pp. 17 s.
- (2004 a): *Víctimas del pecado*, Trotta, Madrid.
- CASTÓN BOYER, P. (2004), Epílogo «A las víctimas y a los defensores de las víctimas del terrorismo», en Beristain, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 331-336.
- CHRISTIE, N. (1984), *Los límites del dolor*, trad. de María Luz Caso, Fondo de Cultura Económico, México.

- (1978), «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*, núm. 17. pp. 1-15.
- CORTINA, A. (2004), *Ética mínima: Introducción a la Filosofía práctica*, 9ª edic., Tecnos, Madrid.
- COURTHION, P. (1980), *Les grands peintres: Georges Rouault*, La Bibliothèque des grands peintres, Ed. Cercle d'Art, Paris.
- DELMAS-MARTY, M. (2003), «Le Droit pénal comme éthique de la mondialisation», *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 41, 1/2, pp. 31-44.
- DÍAZ, E. (2004), «¿El mal (se) vende mejor que el bien? ¿por qué?», entrevista en *Tiempo de Hoy*, 11 octubre 2004, pp. 90 s.
- ESER, A. (1998), *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ESTRADA, J. A. (2003), *Imágenes de Dios. La Filosofía ante el lenguaje religioso*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2001), «Prefacio», en Ana Messuti y Julio Sampedro (comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, pp. 11-15.
- (2000), *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, 4ª ed., Trotta, Madrid.
- FRANKL, V. E. (1987), *El hombre doliente. Fundamentos antropológicos de la psicoterapia*, trad. Diorki, Herder, Barcelona.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1993), *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GIMÉNEZ-SALINAS, E. (2004), Lección inaugural del Curso académico 2004-05, Universitat Ramon Llull, Barcelona.
- (1999), «La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador», en AA.VV., *La Mediación Penal*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia-Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada, Instituto Vasco de Criminología, Barcelona, pp. 69-85.
- (1999 a): «La mediación: Una visión desde el derecho comparado», en AA.VV., *La Mediación Penal*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia-Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada, Instituto Vasco de Criminología, Barcelona, pp. 87-107.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1961), «La llamada Victimología», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Omeba, Buenos Aires, pp. 19 ss.
- JOHNSTON, W. (2003), *Mística para una nueva era. De la teología dogmática a la conversión del corazón*, Desclée de Brouwer, Bilbao, pp. 279 ss.
- KLEIN, N. (2004), «Briefe an Ignacio Ellacuría», *Orientierung*, núm. 21, 15 de noviembre, p. 225.
- LANDENNE, P. (1999), *Résister en prison. Patiences, Passions, Passages...*, Lumen vitae, Bruselas.
- LARRAÑAGA, I. (2003), *Del sufrimiento a la paz. Hacia una liberación interior*, 15ª ed., Ed. Paulinas, Madrid.

- LÓPEZ AZPITARTE, E. (2004), «50 años de Teología moral», *Proyección. Teología y mundo actual*, año LI, núm. 213-214, abril-septiembre, pp. 133-152.
- MATE, R. (2004), «Lo otro de la religión», *El País*, 8 de diciembre de 2004, p. 11.
- NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985).
- *Resolución sobre «Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la Administración de Justicia, la impunidad (El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales)»* (Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, de 18 de enero de 2000).
- ORTIZ-OSÉS, A. y LANCEROS, P. (dirs.) (2001), *Diccionario de Hermenéutica. Una obra interdisciplinar para las ciencias humanas*, 3ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao.
- PETERS, T. y NEYS, A. (1994), «La pena considerada desde una perspectiva de reparación», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 8, San Sebastián, pp. 165-195.
- PICCA, G. (2004), «Tendances actuelles de la criminalité à l'heure de la mondialisation», *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 42, 1/2, pp. 21-27.
- RUBIO, M. (1987), *La fuerza regeneradora del perdón*, PS, Madrid.
- RUIZ VADILLO, E. (1996), «Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantías de la realización de la Justicia. La grandeza del Derecho penal». Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 17 de junio de 1996.
- SAMPEDRO, J. A. (2003), *La Humanización del Proceso Penal. Una propuesta desde la Victimología*, Legis, Bogotá.
- SÁNCHEZ FERLOSIO, R. (1996), «La señal de Caín», *Claves de razón práctica*, núm. 64, julio agosto, pp. 14 ss.
- SAN JUAN DE LA CRUZ (1984), «La noche oscura», canción 5ª, en *Obras escogidas*, 8ª ed., edición y prólogo de I. B. Anzoátegui, Espasa-Calpe, Madrid, p. 30.
- SAVATER, F. (1993), *Ética para Amador*, 16ª ed., Ariel, Madrid.
- SEGURA, M. (2002): «Posible carta de los obispos vascos», *El Día*, Tenerife, 8 junio 2002.
- SOBRINO, J. (2004), *Cartas a Ellacuría 1989-2004*, Trotta, Madrid, *passim*.
- (1999), *La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas*, Trotta, Madrid.
- SOS ATTENTATS (2003), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, Paris.
- SUBIANA, I. J., Tesis doctoral: «Del olvido al reconocimiento: el principio de protección de las víctimas en el marco jurídico-penal material y procesal». (De próxima publicación).

- TAMARIT, J. M. (1998), *La víctima en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona.
- TAMARIT, J. M.; VILLACAMPA, C. y TORRES, N., «Under-Age Victims and Criminal Processes in Spain». www.aqpv.ca/diffusion/textes.
- WEITEKAMP, E. (2000), «Research on Victim-Offender mediation. Findings and needs for the future», en The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.), *Victim-Offender Mediation in Europe*, Leuven University Press, pp. 104 s.
- WIESEL, E. (1987), *La noche, el alba, el día*, Muchnik, Barcelona.
- ZAFFARONI, R. (2003), «Prólogo», en BERISTAIN, A. y NEUMAN, E., *Criminología y dignidad humana. Diálogos*, 3ª edic., Depalma, Buenos Aires, pp. XI-XIII.
- ZAFFARONI, R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002): *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- ABASCAL, S. (2004), *¿Derecho de autodeterminación? Sobre el pretendido derecho de secesión del Pueblo Vasco*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BERISTAIN, A. (1999), «¿La sociedad/judicatura atiende a “sus” víctimas/testigos?», *Victimología*, núm. 18, Centro de Asistencia a la víctima del delito, Córdoba (Argentina), pp. 37-101.
- (1998), «Hoy y mañana de la Política criminal protectora y promotora de los valores humanos», Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial. Política criminal comparada, hoy y mañana*, tomo IX, Madrid, pp. 9-85.
- (1980), «La Victimología en un momento clave. Notas del III Simposio Internacional sobre Victimología», *Anuario de Derecho penal*, tomo XXXIII, fasc. I, enero-abril, pp. 93-100.
- (1977): *Crisis del Derecho represivo*, Edicusa, Madrid.
- BERMÚDEZ, BERTOLINO, GOITIA *et al.* (1997), *La víctima en el proceso penal. Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay*, Depalma, Buenos Aires.
- CARIO, R. (2002): *Victimes: du traumatisme à la restauration. Œuvre de justice et victimes*, vol. 2, L'Harmattan, París.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (1999), «El impacto de la Victimología en el proceso penal: Derechos de la víctima y principio de oportunidad», Homenaje a Enrique Ruiz Vadio, Colex, Madrid.
- CUESTA, C. (2002): «Contra el olvido», en «Vida entre las víctimas del terrorismo», *Sal Terrae. Revista de Teología pastoral*, tomo 90/3, marzo, pp. 213-215.

- KOSOVSKI, E. (comp.) (1993), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Río de Janeiro, Río de Janeiro.
- LIMA, M.^a de la L. (2004), *Modelo de atención a víctimas en México*, Porrúa, México. (Con inteligente prólogo de su esposo, el Prof. Dr. D. L. Rodríguez Manzanera).
- (1995): «Servicios a víctimas en México», en AA.VV., *Justicia y atención a víctimas del delito*, 50º Curso Internacional de Criminología, México, pp. 9-34.
- MARCHIORI, H. (1998), «Consideraciones sobre el relato de los procesos de victimización», *Victimología*, núm. 17, Centro de Asistencia a la víctima del delito, Córdoba (Argentina).
- MARDONES, J. M. y MATE, R. (eds.) (2003), *La ética ante las víctimas*, Anthropos, Barcelona.
- MATE, R. (2002), «La mirada de la víctima», *Estudios de Deusto*, vol. 50/1, enero-junio, pp. 229-243.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L. (2003), *Victimología. Estudio de la víctima*, 8ª ed., Porrúa, México.
- RUIZ VADILLO, E. (1991), «San Ignacio de Loyola. La presencia actual de su doctrina en la justicia y en el derecho», en J. Caro Baroja (dir.), A. Beristain (comp.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535*, Kutxa, San Sebastián, pp. 575-582.
- SOLÉ RIERA, J. (1997), *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.
- WALKER, N. (1980), *Punishment, Danger & Stigma. The Morality of Criminal Justice*, Basil Blackwell, Oxford, pp. 175 ss.

Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso (*)

URS KINDHÄUSER

I. INTRODUCCIÓN

1 Del principio de culpabilidad se deduce que un sujeto solamente puede ser penalmente responsable de aquellas consecuencias de su comportamiento que, como ciudadano fiel al Derecho, podría y debería haber evitado. Por tanto, la responsabilidad jurídico-penal está limitada por el poder individual de una persona (1). La delimitación de la responsabilidad según el criterio de las capacidades individuales se puede denominar *imputación subjetiva*. En lo que atañe a las capacidades de la persona, se puede hacer una distinción adicional entre la capacidad de acción y la capacidad de motivación. Tiene capacidad de acción quien está física e intelectualmente en condiciones de comportarse de tal manera que pueda alcanzar determinadas metas; tiene capacidad de motivación quien está psíquicamente en condiciones de decidir según preferencias qué acción lleva a cabo de las que le son posibles.

La capacidad de motivación jurídico-penalmente relevante implica la capacidad de poder orientar su comportamiento a las normas del Derecho y, en la construcción usual del delito, se examina en el marco de la culpabilidad (2). La capacidad de acción jurídico-

(*) Título original: «Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt», en *Festschrift für Joachim Hruschka*. Traducción de Nuria Pastor Muñoz, doctora en Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

(1) Sobre el análisis, desde la perspectiva de la teoría de las normas, de la relación entre poder [*Können*] y deber [*Sollen*], cfr. HRUSCHKA, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», en ACKERMANN/ALBERS (eds.), *FS Reimers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 459 ss.

(2) Cfr., sobre la estructura del delito, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1988, p. 260 ss.;

penalmente relevante, en la que se entra con más detalle a continuación, implica la capacidad de comportarse de tal manera que no se realice el tipo de un delito. A esta capacidad pertenece, junto al necesario dominio del propio cuerpo, también y sobre todo la posibilidad de poder valorar acertadamente las modificaciones causales producidas por el propio comportamiento. Quien realiza un tipo, pese a estar intelectual y físicamente en condiciones de evitarlo, realiza un injusto jurídico-penal. En la dogmática jurídico-penal actual, esta atribuidibilidad de una realización del tipo, puesta en relación con la capacidad individual de acción del autor, se denomina *injusto personal* (3).

2. En la comprobación del injusto personal se valora la efectiva capacidad de acción del autor. Que esta valoración se realice según criterios objetivos no modifica el hecho de que las capacidades individuales del autor son el fundamento y el límite de la constitución del injusto personal de acción. En el delito doloso, el injusto consiste en que el autor se comporta de una determinada manera, pese a que considera tan probable la causación del resultado a través de su actuar, que, como ciudadano fiel al Derecho que decide racionalmente, debería omitir esa acción en aras a la evitación del resultado (4). Aunque es cierto que en la imprudencia el autor no considera probable el resultado, tiene suficientes puntos de apoyo para, en caso de utilizar el cuidado que le es posible, poder reconocer y evitar la causación del resultado a través de su comportamiento (5).

Por consiguiente, el punto de partida tanto para la imputación a título de dolo como para la imputación a título de imprudencia es la cuestión de qué sabía verdaderamente el autor sobre una determinada relación de causalidad entre su comportamiento y un resultado típico. Respecto a *estos conocimientos efectivamente existentes*, hay que analizar si se cumplen los presupuestos de las reglas según las cuales hay que imputar un resultado a título de dolo o de imprudencia. O, formulado con otras palabras: los conocimientos efectivamente exis-

KINDHÄUSER, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en Harald Koch (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen*, Berlin, Berlin Verlag Arno Spitz, 1997, pp. 77 ss., con más referencias.

(3) Esencialmente, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 11ª ed., 1969, p. 62, con más referencias.

(4) Con gran énfasis, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992, pp. 35 ss., con más referencias.

(5) Con más detalle, HRUSCHKA (nota 2), p. 182 ss.; además, el mismo, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en KAUFMANN/BEMMANN/KRAUS/VOLK (eds.), *FS Bockelmann*, München, C. H. Beck, 1979, pp. 421 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1989, p. 62 ss.

tentes del autor son la base sobre la que construyen todos los demás elementos constitutivos del injusto personal. También el reproche de que el autor ha podido y debido saber algo concreto –en caso de emplear el cuidado que se esperaba de él–, solamente tiene fundamento si los conocimientos efectivamente existentes dan pie suficiente a adquirir los conocimientos que faltan o a omitir un actuar sin haber cubierto antes las lagunas de conocimiento (6).

La teoría personal del injusto diferencia entre un tipo objetivo y uno subjetivo. Al tipo objetivo pertenece el acontecer que se le reprocha al autor, esto es, el contenido de la imputación subjetiva. Al tipo subjetivo pertenecen los conocimientos del autor, los cuales son el fundamento y el límite de la imputación, esto es, el dolo y –según una opinión acertada (7)– también la imprudencia.

3. Una teoría extendida en la ciencia jurídico-penal alemana considera que la fundamentación y delimitación subjetivas del injusto penal que se acaban de bosquejar no son suficientes y exige, además, una imputación objetiva de los resultados (8). En las consideraciones siguientes se ahonda, desde una perspectiva crítica, en la pretensión que tiene esta teoría de ser válida para el delito doloso de resultado.

II. LA PRETENSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. La teoría de la imputación objetiva pretende dejar fuera del ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por las consecuencias a los cursos causales irrelevantes. Esta imputación se concibe de manera objetiva porque hasta ahora deja totalmente de lado la parte subjetiva del hecho. Para esta teoría, lo decisivo es si una persona

(6) Lo aclara STRUENSEE, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *GA*, 1987, p. 97 (pp. 99 ss.).

(7) HRUSCHKA, (nota 2), pp. 228 s., pp. 325 ss.; KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *GA*, 1994, p. 197 (pp. 200 ss.). El hecho de que la doctrina todavía dominante clasifique la imprudencia subjetiva en la culpabilidad no afecta a que la evitabilidad individual de la realización del tipo tenga como contenido la capacidad de acción.

(8) Cfr., por todos, JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1991, pp. 200 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5ª ed., 1996, p. 286 ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenstheorie*, München, C. H. Beck, 3ª ed., 1997, pp. 310 ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, C. F. Müller, 34ª ed., 2004, pp. 64 ss., con más referencias en cada uno de ellos.

cualquiera en la situación del autor debía omitir el comportamiento en cuestión en aras a la evitación del resultado y, por tanto, puede ser responsable por la producción del resultado (9). Si este no es el caso, ya no se plantea la cuestión de la imputación subjetiva del resultado al autor concreto. La limitación de la responsabilidad se fundamenta con ayuda de dos criterios:

Por una parte, la causación de un resultado no es objetivamente imputable cuando la producción del resultado aparece solamente como efecto casual del comportamiento del autor. En este caso, la causación del resultado no es gobernable; falta la *finalidad objetiva*. La causación de consecuencias casuales del comportamiento humano no puede ser prohibida y, por ello, es jurídico-penalmente irrelevante ya en el nivel del tipo.

Por otra parte, la causación de un resultado solamente puede ser objetivamente imputable cuando en la producción del resultado se realice precisamente el *riesgo no permitido* creado por el autor, pues jurídico-penalmente no se puede pedir cuentas a nadie por las consecuencias de un comportamiento permitido.

2. Según Hruschka (10), la exigencia de limitar la responsabilidad mediante el criterio de la finalidad objetiva deriva de que objetivamente *ex ante* —esto es, en principio, temporalmente antes o durante la ejecución de una acción— debe existir la posibilidad de verificar si la ejecución de la acción está o no prohibida, pues, si el resultado se produjera de manera objetivamente inesperada e inesperable como consecuencia de una acción, sería absurdo explicar posteriormente que la acción en cuestión estaba prohibida. Desplazar a un momento posterior a la ejecución de una acción el juicio decisivo sobre su prohibición significa dejar a los destinatarios de la prohibición desprotegidos frente a la prohibición. Por ello, incurre en una autocontradicción quien, por una parte, dice que el resultado, como consecuencia de la acción, no era previsible y, al mismo tiempo, afirma que se ha realizado el tipo de delito correspondiente al tipo de prohibición (11).

Esta argumentación describe con precisión el enunciado esencial del Derecho penal de la culpabilidad, pero deja abierta la cuestión de en qué medida el criterio de la finalidad objetiva podría ayudar al destinatario de la norma en su decisión a favor del comportamiento conforme a Derecho, pues quien pronuncia el juicio sobre la finalidad

(9) Cfr. referencias de la nota 8.

(10) HRUSCHKA (nota 2), p. 403.

(11) *Ibidem*, p. 404.

objetiva en el momento del hecho es el juez, quien emite el juicio sobre el injusto del hecho en un momento posterior. Por consiguiente, este juicio necesita de la ficción de un observador objetivo, si es que en el mismo momento del hecho ya se debe ofrecer un pronóstico definitivamente vinculante sobre las potenciales consecuencias de la acción. Sin embargo, este pronóstico ficticio de un observador objetivo es *de facto* tan inaccesible para el destinatario de la norma como el conocimiento del espíritu del mundo de Laplace. Y, además, si se tomara realmente en serio la figura del observador objetivo, puesto que éste *ex hypothesi* solamente puede disponer de conocimientos limitados, también se le debería conceder la posibilidad del error, con la consecuencia poco atractiva de que ese mismo Derecho basado en el juicio de un observador fingido no podría decir sin equivocarse si era efectivamente necesario o no omitir una acción en aras a la evitación de un determinado resultado. Con la ficción de un observador objetivo se introduce una tercera medida epistémica que, a diferencia de los conocimientos efectivos del autor *ex ante* y de los conocimientos que efectivamente puede adquirir el juez *ex post*, no tiene un lugar real en el mundo y, por ello, tampoco puede influir en la realidad.

Así, la exigencia de Hruschka de libertad de contradicciones solamente se puede cumplir cuando el acontecer típico se contempla únicamente desde dos puntos de vista, a saber, desde la perspectiva *ex post*, por el juez y, desde la perspectiva *ex ante*, por el mismo sujeto que actúa. *Ex post* hay que reconstruir el curso del acontecer objetivamente típico que es objeto de la imputación. Y este curso del acontecer es (subjetivamente) imputable al autor si este último disponía de los conocimientos necesarios y de la capacidad física para poder lograr la evitación de la realización del tipo. Con otras palabras, para el deber de evitar el acontecer típico prohibido –deber que se ha de definir en el momento del hecho–, solamente es decisiva la finalidad subjetiva del destinatario de la norma.

De todos modos, apenas se puede percibir en qué medida la exigencia de una finalidad objetiva podría contribuir en el delito doloso a una restricción razonable de la responsabilidad. En la medida en que el autor no haya pronosticado acertadamente el curso causal que conduce al resultado, este último no se le puede imputar a título de dolo, con independencia de que, para un observador objetivo, el acontecer se presente como previsible o como casual. En cambio, en la medida en que el autor haya pronosticado acertadamente el curso causal que conduce al resultado, no hay ningún motivo obvio por el que este último no se le deba imputar, porque si el autor ha pronosticado acertadamente el curso causal, no se

puede decir que este curso causal no era objetivamente previsible. Solamente podría decirse que el curso causal no era previsible para un observador fingido (con conocimientos medios), porque el autor disponía de conocimientos especiales. Pero entonces, se debería fundamentar por qué en el delito doloso se debe absolver al autor cuando dispone de conocimientos especiales. Un médico que sabe casualmente que su esposa sufre una alergia muy poco frecuente y que aprovecha esos conocimientos para matarla, ¿no debe ser castigado por homicidio doloso por el hecho de que un médico o un marido medio no dispongan de sus conocimientos? Sería difícil, pues el deber en el delito doloso solamente puede consistir en que quien sabe que un determinado comportamiento conduce a un determinado resultado debe omitir ese comportamiento. Una conclusión diferente no sería compatible con el sentido y el fin de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos.

En el delito imprudente, la previsibilidad objetiva del resultado tampoco es un elemento constitutivo del objeto de la imputación. Al autor imprudente no se le reprocha que no se haya representado conforme al cuidado el pronóstico de un observador objetivo (fingido). Más bien, actúa imprudentemente quien conoce circunstancias que, en su situación específica y en su rol social, habrían dado suficiente pie a un destinatario de la norma fiel al Derecho a no llevar a cabo (de ese modo) ese comportamiento. Es cierto que la previsibilidad del resultado también pertenece a la valoración de la situación que se espera del autor (12), pero esta previsibilidad no es previa a la imputación subjetiva, sino precisamente un criterio decisivo de esta última. Con ayuda del criterio de la previsibilidad hay que averiguar si alguien que dispone de los conocimientos efectivos del autor (suponiendo que haya motivación fiel al Derecho (13), podría y debería deducir que debía omitir un determinado actuar en aras a la evitación

(12) Así, en todo caso, correctamente, la doctrina dominante, cfr. KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 260 ss., pp. 265 ss., con más referencias, también sobre la opinión contraria.

(13) Sin la correspondiente motivación no hay ninguna necesidad práctica de deducir la correspondiente conclusión; cfr. TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 23 ss., pp. 31 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 70 ss. Sin embargo, la falta, de la que hay que responder, de la correspondiente motivación es ante todo contenido de la imputación a la culpabilidad y, con ello, hay que examinarla en el nivel del tipo; cfr., solamente, JAKOBS, (nota 8), pp. 140 s.; KINDHÄUSER, «Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum», *GA*, 1990, p. 407 (p. 416).

del resultado. El análisis de esta conclusión se dificulta por la terminología que va unida a la separación entre la parte objetiva y la subjetiva, porque la previsibilidad decisiva para el juicio de la imprudencia debe ser orientada a criterios objetivados, al igual que la evitabilidad de un error de prohibición del § 17 StGB o la evitabilidad de una situación exculpante del § 35 apdo. 2 StGB han de constatarse con la ayuda de criterios de decisión objetivados. Lo que ocurre es que la objetividad de esos criterios no altera el hecho de que hayan de ser clasificados en la imputación subjetiva, porque esta última sirve al fin de averiguar cuál es el grado adecuado de accesibilidad de los conocimientos que le faltan al autor. Las dificultades terminológicas desaparecen cuando se diferencia entre el objeto de la imputación, que hay que constituir en el marco del tipo objetivo, y la imputación de este objeto al injusto personal, que hay que efectuar en el ámbito del tipo subjetivo, según el criterio de la capacidad de acción del autor. Entonces queda claro que, en la imprudencia, la previsibilidad objetiva del resultado no delimita el tipo objetivo, sino que —en la terminología de Hruschka (14)— tiene su lugar lógico en el sistema de reglas de la imputación extraordinaria de la realización objetiva del tipo al autor (15).

3. Según el segundo criterio de la imputación objetiva, un resultado solamente es objetivamente imputable cuando en él se ha realizado un riesgo no permitido creado por el autor. Esta restricción de la responsabilidad es de gran importancia para el delito doloso, porque, según la teoría de la imputación objetiva, el autor no realiza el tipo objetivo cuando ha causado el resultado mediante un riesgo permitido, tampoco en el caso en que haya actuado con dolo respecto a la causación del resultado. Para poder valorar estas tesis hay que responder a dos preguntas: ¿Qué es un riesgo no permitido? Y, ¿bajo qué presupuestos puede decirse que un riesgo no permitido se realiza en un resultado?

(14) HRUSCHKA (nota 2), pp. 274 ss., y *passim*.; sobre la perspectiva histórica, cfr., por todos, HRUSCHKA, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», ZStW, 96 (1984), pp. 661 ss.

(15) Así, en la diferenciación adecuada de HRUSCHKA entre reglas de comportamiento y reglas de imputación —*Rechtstheorie*, 22 (1991), pp. 449 ss.—, la finalidad objetiva pertenece a las reglas adscriptivas y no a la materia de prohibición (construida por el tipo objetivo).

III. SOBRE EL LLAMADO RIESGO PERMITIDO

1. A toda producción de un resultado que sea causalmente explicable le precede un estado en el que es posible la causación del resultado. Este estado puede denominarse riesgo o peligro. Objetivamente, este estado se da siempre antes de la producción de un resultado, también en el caso de los acontecimientos naturales con los que nadie cuenta *ex ante*. Por ejemplo, en todo caso, la vida de quien está en su jardín y es alcanzado mortalmente por un meteorito se encontraba en peligro poco antes de la muerte (16). En consecuencia, quien ha incitado a la víctima a ir al jardín también ha contribuido objetivamente a la puesta en peligro de la víctima. El hecho de que esta persona podía contar tan poco como la misma víctima o cualquier otro observador con la caída de un meteorito no altera en absoluto la existencia objetiva del peligro. Lo único que falla es la atribuibilidad subjetiva del resultado a título de dolo o de imprudencia.

Así, puesto que a todo resultado le precede un estadio en el que existe el riesgo de la producción del resultado, todo aquél que ha interpuesto una causa para el resultado ha creado también un riesgo para el resultado. En esta medida, la exigencia de la teoría de la imputación objetiva según la cual el resultado debe estar condicionado por un riesgo creado por el autor conduce a una restricción del tipo objetivo.

2. La posibilidad de una restricción deriva, en primer lugar, de la amplia exigencia de que el riesgo en cuestión debe ser *no permitido*. Puesto que este riesgo es un elemento del tipo objetivo, no permitido significa que, en general, no está permitido, pero que, en situaciones de justificación especiales, puede estar totalmente permitido (17). Por ejemplo: quien dispara a otro con un arma crea un riesgo no permitido en general, puesto que con su comportamiento aumenta de modo importante la probabilidad de la producción de un resultado. Sin embargo, este riesgo puede estar permitido en un caso concreto cuando, por ejemplo, se cumplen los presupuestos de la legítima defensa.

La cuestión que ahora se plantea reza: sin considerar una posible situación de justificación, ¿puede estar también permitido y, con ello, no ser típico crear el riesgo de la producción del resultado?

(16) Sobre la discusión de este ejemplo en cuanto al aspecto de la finalidad objetiva, HRUSCHKA (nota 2) pp. 402 ss.

(17) JAKOBS (nota 8) p. 203.

3. Que existe *una* posibilidad de tales características está, en gran parte, fuera de discusión. Se trata de la constelación de la llamada *disminución del riesgo*. Según ROXIN, esta última existe «cuando el autor modifica el curso causal de tal manera que disminuye el riesgo que ya existía para la víctima, esto es, cuando mejora la situación del objeto de la acción» (18). Por ejemplo: A empuja a O hacia un lado, de manera que el ladrillo no da a O en la cabeza, sino solamente en el hombro. Ciertamente, en este caso, hay que ver el empujón de A como causa del concreto resultado de lesión, puesto que este comportamiento debe ser tenido en cuenta para poder explicar causalmente la producción del resultado. Sin embargo, habría que negar la imputación objetiva del resultado, porque A interviene en el acontecer de tal manera que O no muere, sino que solamente sufre unas lesiones. Con otras palabras, A reduce el peligro de muerte a un peligro de lesiones.

Ahora bien, la plausibilidad de la solución de este caso puede ocultar fácilmente la dificultad de su fundamentación, porque lo decisivo no es la disminución del riesgo, sino la mejora de la situación del objeto de la acción –lo cual solamente aparece en la definición de ROXIN en la oración subordinada–. La disminución de un riesgo como tal no conduce en absoluto a una exclusión de la responsabilidad. Por ejemplo, un garante no está solamente obligado a disminuir un riesgo para su protegido, sino que debe eliminar el riesgo. Pero tampoco la mejora de la situación del objeto de la acción es un criterio definitivo que *per se* impida la realización del tipo objetivo –esto es, la constitución del objeto de la imputación–. Más bien, en el caso de los bienes individuales la última palabra la tiene el titular. Que esto se haya podido obviar en el caso del ejemplo se debe a que en él se dan evidentemente los presupuestos de un consentimiento presunto. Sin embargo, supongamos que a un padre que, pese al grave riesgo para su vida, quiere salvar a su niño, que se está ahogando, se le impide mediante violencia corporal que salte a las aguas violentas. En este caso, difícilmente se puede negar la concurrencia de lesiones y coacciones solamente con el argumento de que mediante la intervención en el curso causal se ha disminuido el riesgo para la vida para el padre.

Por tanto, tras la exclusión del injusto mediante disminución del riesgo se esconden cuestiones de valoración a las que –según la situación– hay que responder con ayuda de la regla general del consentimiento, del consentimiento presunto o del estado de necesidad. La

(18) ROXIN (nota 8), p. 314.

fórmula breve y manejable de la disminución del riesgo puede ser de ayuda para la enseñanza académica, pero no sirve para hacer frente a la problemática desde una perspectiva dogmática.

4. Otro caso en el que se reconoce ampliamente la posibilidad de una causación del resultado objetivamente atípica es el de la *asunción del riesgo* por el lesionado. El hecho de que la asunción autorresponsable de riesgo por parte de la víctima bloquee la competencia de otro sujeto que actúe tiene su fundamento en que, en este caso, el otro no interviene de manera no permitida en una esfera jurídica ajena. Las autolesiones puras son jurídico-penalmente irrelevantes y solamente debe responder de ellas quien las asume. En esa medida, también las acciones a través de las cuales se provocan, se posibilitan o se favorecen autolesiones autorresponsables son irrelevantes desde una perspectiva jurídico-penal (19).

Por lo demás, el tipo objetivo no solamente se excluye cuando el lesionado desea precisamente el resultado, sino también cuando solamente asume el riesgo de manera responsable y cree que puede evitar el resultado. Un ejemplo sería el caso de quien presta a su torpe vecino un hacha con la que este último se hiere por descuido al cortar leña. Ciertamente, el vecino no quiere herirse y, por ello, no consiente al resultado. Sin embargo, ha asumido conscientemente el dominio sobre el riesgo de lesionarse a sí mismo y, con ello, ha liberado a quien le ha prestado el hacha de la responsabilidad de protegerle de las lesiones que el hacha le pueda ocasionar.

Como en el caso de la disminución del riesgo, en la asunción autorresponsable del riesgo, la exclusión (objetiva) del injusto tampoco se basa en un principio de imputación que abarque todas las normas del Derecho penal, sino que lo decisivo en ella es el ámbito de protección específico de los bienes jurídicos individuales, el cual se define esencialmente mediante los intereses del titular y su soberanía para disponer de los bienes que le han sido adjudicados. Es decir, se trata de la determinación de la materia de prohibición (20) según el criterio del fin y ámbito de protección de la norma.

(19) En lo esencial, también en este sentido, BGHSt 24, 342; con más detalle, KINDHÄUSER, (nota 12), pp. 92 ss., con más referencias.

(20) En esta medida, no es terminológicamente nada afortunado hablar de «imputación» objetiva. Hay que responder a preguntas prescriptivas y no adscriptivas.

IV. PROHIBICIÓN DE REGRESO

1. Hasta aquí se puede afirmar –en realidad, solamente como fórmula práctica heurística– que, cuando la producción del resultado está de acuerdo con el interés del lesionado, no se ha realizado el tipo objetivo de un delito de resultado. Algunos de los representantes de la teoría de la imputación objetiva van más allá de estos límites de la responsabilidad y niegan la atribuibilidad de un resultado también en casos en los que el comportamiento a juzgar contradice la voluntad del titular del bien jurídico protegido. Estos casos se discuten bajo la palabra clave «prohibición de regreso» (21) La (más reciente) teoría de la prohibición de regreso afirma que no puede hacerse responsable a una persona por un resultado si lo ha causado mediante un comportamiento que es adecuado a su rol social; a través de un comportamiento adecuado al rol no se crea un riesgo no permitido. Quiero ilustrar esta tesis con dos ejemplos:

a) Un estudiante de biología que escribe su trabajo de examen sobre setas trabaja durante las vacaciones como camarero en un restaurante. Un día se da cuenta de que en el plato que debe llevar a un cliente hay unos hongos extraños que son muy venenosos. Según la teoría de la prohibición de regreso, el estudiante no ha realizado el tipo objetivo de unas lesiones, porque se ha comportado de acuerdo con su rol social de servir y porque nadie espera de un camarero que tenga conocimientos sobre hongos venenosos extraños.

b) El conductor de taxi T traslada por la tarifa normal a dos ladrones al lugar de los hechos. La teoría de la prohibición de regreso afirma que el conductor del taxi no interviene como cómplice en el robo porque se ha comportado de acuerdo con su rol social de conducir taxis y porque este comportamiento no ha adquirido, a través del contacto con los dos ladrones, ningún sentido delictivo común.

Es evidente que en el caso a) no se puede fundamentar una posible exclusión de la imputación con vistas al fin de protección de la norma. La prohibición de las lesiones, como puro delito de resultado,

(21) Decisivo, JAKOBS, «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt», *ZStW*, 89 (1977), pp. 1 ss.; el mismo (nota 8), pp. 697 ss.; cfr. también FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C. F. Müller, 1988, pp. 280 ss., pp. 295 s.

protege totalmente la integridad corporal y la salud de una persona. No prohíbe en concreto solamente aquellas lesiones que se realizan bajo transgresión de un rol social.

Difícilmente puede discutirse que, en el ejemplo *b*), el acontecer descrito como «T traslada a dos ladrones al lugar de los hechos», tiene un sentido delictivo, al igual que, por lo demás, toda introducción de un comportamiento en un contexto delictivo otorga a este comportamiento un significado delictivo. Esta descripción no se ve falseada por el hecho de que exista la información adicional de que T ha actuado como conductor de taxi. Por esa razón, habría que fundamentar la prohibición de regreso respecto al auxilio a los dos ladrones precisamente haciendo referencia al hecho de que T es conductor de taxi. Sin embargo, no se puede encontrar una razón para ello porque, desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, que quien conduce al ladrón al lugar de los hechos lo haga como particular o como conductor de taxi no supone una diferencia jurídico-penalmente relevante.

2. Si se observa con más atención, resulta evidente que la teoría de la prohibición de regreso mezcla dos ámbitos de problemas. El rol social no libera a nadie de su deber de evitar la creación de los riesgos que conoce, porque el rol social que reviste a una persona no le da el derecho a actuar conscientemente en perjuicio de la víctima. En cambio, el caso es distinto cuando el autor no conoce las circunstancias que hacen que su comportamiento sea arriesgado. En ese supuesto, se plantea en qué medida hay que exigir al autor que adquiera conocimientos para la evitación del resultado. Para responder a esta pregunta puede ser importante el rol social del autor. Si alguien crea riesgos en un determinado ámbito de la vida, es de esperar que también observe las reglas de seguridad vigentes en este ámbito de la vida. Puesto que los camareros solamente sirven platos y no los preparan, no esperamos de un camarero que examine si unas setas que no conoce son nocivas para la salud.

Así pues, el rol social limita el nivel de cuidado esperado de una persona y, en esa medida, libera en el caso de la responsabilidad por imprudencia (22). Sin embargo, no autoriza a causar el resultado sobre la base de los conocimientos existentes.

(22) Cfr., también, KINDHÄUSER (nota 7), pp. 215 ss.

V. RELACIÓN DE RIESGO

1. Según las consideraciones realizadas hasta el momento, los casos en los que el riesgo creado por el autor está permitido y, por ello, no da lugar a responsabilidad por las consecuencias se limitan a las situaciones en las que el hecho no contradice el fin de protección de la norma por falta de una intervención lesiva en los intereses del titular. Sustancialmente más relevante que estas restricciones de la materia de prohibición parece ser la otra exigencia de la teoría de la imputación objetiva según la cual, en la producción del resultado típico, se ha de realizar precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Esta relación entre el riesgo no permitido creado por el autor y la producción del resultado —y esto es lo que se cuestiona en el presente contexto— es, según esta teoría, un elemento del tipo objetivo.

2. El siguiente ejemplo ilustra la problemática: A dispara a B con su escopeta para matarlo. Sin embargo, la bala da a B solamente en el brazo. En el hospital en el que se atiende a B, unos terroristas detonan una bomba por la noche. Se produce un incendio y, debido al humo, B sufre una intoxicación mortal. En este caso, solamente se puede castigar a A por una tentativa de homicidio y no por un homicidio consumado. Según la interpretación habitual, se trata de un caso de error de tipo que excluye el dolo. El contenido del dolo no es solamente el resultado, sino también el curso causal que condiciona el resultado en su forma concreta. En el delito doloso, el autor debe haber pronosticado este curso causal en sus rasgos esenciales (23). Sin embargo, en el caso del ejemplo, hay una desviación esencial del curso causal representado: A partía de que iba a alcanzar a B mortalmente mediante un disparo de escopeta; no había pensado en la posibilidad de que B muriera debido a una intoxicación por el humo que se produciría como consecuencia de un atentado cometido por terroristas.

La teoría de la imputación objetiva traslada la solución del problema del tipo subjetivo al tipo objetivo, en la medida en que afirma

(23) Cfr., entre otras, *RGSt* 70, 257 (259); *BGHSt* 7, 325 (329); 38, 32; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Giesekeing, 11ª ed., 2003, p. 477 ss.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, C. H. Beck, 26ª ed., 2001, § 15, núm. marg. 55; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, Vahlen, 4ª ed., 2002, p. 478; FISCHER, en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, C. H. Beck, 52ª ed., 2004, § 16, núm. marg. 7; WESSELS/BEULKE, (nota 8), p. 311 ss.

que el riesgo creado por el autor no se ha realizado en el resultado (24). Según esta teoría, el autor ha creado el riesgo de muerte a través de un tiro de escopeta, pero B ha fallecido realmente por un riesgo de muerte debido a una intoxicación por el humo. Según esta teoría, falta, en esta medida, la relación de riesgo necesaria, porque solamente hay una relación de riesgo cuando «para la explicación de daño se necesitan todas las informaciones sobre el acontecimiento de las que surge el carácter no permitido del riesgo» (25). Por consiguiente, para la explicación causal de la efectiva producción del resultado, deben ser necesarias todas las circunstancias que hacen que el riesgo creado por el autor sea no permitido. En el caso del ejemplo, el comportamiento de A se convierte en no permitido porque ha aumentado de manera relevante la posibilidad de que B muera como consecuencia de la lesión de una bala de escopeta. Sin embargo, en el desarrollo ulterior del acontecer, a este riesgo le sigue el estado permitido de una estancia en el hospital; ser atendido médicamente en un hospital no constituye un riesgo no permitido. Para la explicación causal de la producción de la muerte, solamente es necesario que, además, en el momento del comienzo del incendio, B, sea por el motivo que fuere, se encuentre en el hospital. Así pues, entre el riesgo originariamente introducido mediante el tiro de escopeta y la efectiva producción de la muerte mediante intoxicación por el humo no existe una concatenación generalmente válida de modificaciones causales que sean no permitidas a causa de las condiciones introducidas por el autor. Según esta teoría, la estancia en el hospital interrumpe la posibilidad de la imputación objetiva. Los riesgos de una estancia en el hospital son riesgos generales de la vida con los que debe cargar cada paciente, siendo indiferente por qué motivo haya llegado al hospital (26).

3. En el delito doloso, la construcción de una relación de riesgo objetiva solamente puede calificarse de inadecuada. Falta fundamentar que precisamente el riesgo del disparo es decisivo para la realización del tipo objetivo por A. Realmente, para la explicación causal de la producción de la muerte es necesaria toda una serie de circunstancias. Y no se podrá negar que la víctima no habría muerto si no se hubiera alojado en el hospital en el momento del atentado con bomba. En esa medida, la estancia en el hospital era para la víctima un riesgo no permitido adicional que el autor creó mediante la

(24) Así, explícitamente para tal caso, ROXIN (nota 8), pp. 311 ss.

(25) JAKOBS, (nota 8), p. 226.

(26) *Ibidem*, pp. 226 s., con más referencias.

herida hecha con la escopeta. Por medio de cada circunstancia a través de la cual se causa un resultado, se crea, desde una perspectiva puramente objetiva, un riesgo no permitido para *esa* producción del resultado. Por ello, no existe ninguna posibilidad de entresacar del curso causal una combinación de condiciones y definirlas como riesgo decisivo de la imputación del resultado.

En esta medida, en el caso del ejemplo, no puede desempeñar papel alguno de qué manera haya introducido alguien una causa del riesgo de que B pueda morir mediante intoxicación por el humo. En especial, es irrelevante si esta causa ha sido o no introducida mediante un comportamiento que, considerado aisladamente, se presenta como un riesgo no permitido adicional. No implica ninguna diferencia si B fue al hospital porque A le disparó o porque A le dio el consejo amistoso de que se sometiera a una revisión médica profunda. En ambas variantes, A ha introducido una causa de que B muera en el incendio de una intoxicación por el humo. Solamente en el marco de otros niveles del análisis del delito pueden ser de importancia circunstancias que excluyen totalmente o en parte la punibilidad. Por ejemplo, puede faltar el dolo o la antijuricidad. Así, el último caso se daría si A hubiera disparado a B concurriendo los presupuestos de la legítima defensa.

4. Para ilustrar esta crítica a la exigencia de una relación objetiva de riesgo se modifica sólo un poco el caso del ejemplo. Supongamos que A ha *sabido* del atentado planeado y que, desde un principio, quiere herir a B sólo de manera leve, para que este último sea tratado en el hospital en el momento clave y muera en el atentado. Desde una perspectiva puramente objetiva, no hay ninguna diferencia entre este supuesto y el caso de partida. Por tanto, si la teoría de la imputación objetiva fuera correcta, en este caso tampoco se podría haber realizado el tipo objetivo del delito de homicidio, pues la diferencia solamente se da en el tipo subjetivo.

Sin embargo, en el segundo caso, no hay ningún motivo para castigar al autor solamente por tentativa, puesto que el curso objetivo del acontecer concuerda en su totalidad con su representación. Si A sabe que unos terroristas quieren cometer un atentado contra un hospital, no le está permitido provocar que nadie de ninguna manera se encuentre de buena fe en el hospital en el momento del atentado. Así, ni puede recomendar a alguien que se someta a examen médico, ni puede herirle con un tiro de escopeta. Haga lo que haga A, ello se presenta, teniendo en cuenta que sabe que se va acometer el atentado, como reclamo hacia una trampa peligrosa para la vida. Así, en el primer caso, la punibilidad por delito consumado

tampoco puede fallar por falta del tipo objetivo, sino solamente por un error que excluye el dolo.

Esto conduce a que la pregunta de qué riesgo es decisivo para la imputación de un resultado no se pueda responder sin tener en cuenta la representación del autor. Con ello, la cuestión de si existe una relación de riesgo entre el comportamiento del autor y la producción del resultado no puede pertenecer al análisis del tipo objetivo, sino solamente a la imputación subjetiva (27).

VI. RELACIÓN DE RIESGO E IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. Además, si la construcción de una relación de riesgo se tiene en cuenta en la imputación subjetiva a título de dolo, se puede solucionar una serie de problemas. A continuación se selecciona uno de ellos y se aclara de la mano de un ejemplo (28): con intención de matar a su víctima, el autor la empuja desde un puente alto que se tiende sobre un amplio río. Creyendo que su víctima no es nadadora, piensa que ésta se ahogará en el río. Sin embargo, en realidad, la víctima muere porque, al caer, se golpea contra la base de uno de los pilares del puente y se rompe la nuca.

Desde luego, está claro que en este caso el autor ha cometido una tentativa de homicidio. Sin embargo, se discute si se le puede imputar el resultado a título de dolo. Por un lado, se niega una imputación del resultado a título de dolo y, con ello, un delito consumado de homicidio, porque entre el riesgo que se ha realizado objetivamente en el resultado —el riesgo del golpe mortal— y el riesgo que se ha representado el autor —el riesgo de ahogarse— no hay identidad (29). En cambio, la jurisprudencia y la doctrina dominante afirman la imputación del resultado a título de dolo si, como en el caso del ejemplo, la desviación del curso causal real respecto al representado queda todavía

(27) Cfr., también HIRSCH, «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (eds.), *FS Lenckner*, München, C.H. Beck, 1998, p. 119; ARM. KAUFMANN, «“Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt», en Vogler (ed.), *FS Jescheck*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 251; LAMPE, «Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion», en Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (eds.), *GS Arm. Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns, 1989, p. 189.

(28) Según PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 346.

(29) JAKOBS, (nota 8), pp. 295 s.

dentro del marco de la experiencia de la vida y no requiere ninguna valoración adicional del hecho (30).

2. Sin embargo, estas dos soluciones apenas pueden convencer: la negación de la imputación del resultado resulta difícil de comprender, porque el autor sólo puede prever *ex ante* hasta el detalle un curso causal en casos excepcionales y, por otra parte, qué detalles pronostique acertadamente el autor es algo que depende más o menos de casualidades. Además, se privilegiaría al autor que planifica su hecho del modo más preciso posible y que no cuenta con determinadas circunstancias que, sin embargo, se producen, mientras que el autor que se conforma con la creación de un peligro global debería responder siempre por el resultado. Así, en el caso del ejemplo, el resultado debería imputársele al autor si empujó a su víctima desde el puente suponiendo de manera no concretada de que la víctima ya «encontraría» la muerte de alguna manera.

La opinión dominante no parece estar sujeta a esta objeción, pues aquélla hace que la imputación del resultado a título de dolo dependa de una consideración valorativa según el criterio de la experiencia de la vida. Parece que la cuestión de si quien es empujado desde un puente se ahoga o se golpea contra el fundamento de un pilar no afecta a la naturaleza del hecho y que, por ello, carece de importancia para la imputación del resultado. Sin embargo, esta conclusión es algo precipitada: si el dolo tiene como contenido la representación del curso causal que se hace el autor, a este último no se le puede imputar sin más como conocido algo que él no ha tomado en consideración o que incluso quería evitar, porque bien podría ser que, para el autor del caso del ejemplo, fuera importante que la víctima se ahogara, para poder hacer que el hecho pareciera un accidente ocurrido al nadar. Además, recurrir a una perspectiva valorativa resulta sumamente impreciso, porque no hay criterios precisos con los que se pueda comparar el curso causal representado con el real.

3. De esto se sigue que, en el caso del ejemplo, puede ser adecuado imputar al autor la muerte de la víctima a título de dolo. Sin embargo, esta imputación debe poder fundamentarse con precisión y de acuerdo con el fin de la responsabilidad por dolo. Para tal fundamentación se proponen los criterios de la relación de riesgo. Como ya se ha dicho, según la teoría de la imputación objetiva, hay

(30) Cfr. BGHSt 23, 133 (135); BGH, *NSrZ*, 2000, p. 29 (p. 30); más referencias en la nota 24.

una relación de riesgo cuando el autor crea un riesgo no permitido y los factores que hacen que el riesgo sea no permitido son necesarios para la explicación causal del resultado. Trasladada al tipo subjetivo, esta fórmula reza: el autor actúa dolosamente cuando considera su comportamiento tan arriesgado que, como ciudadano fiel al Derecho que decide racionalmente, lo debería haber omitido en aras a la evitación del resultado. Entonces, según la fórmula de la relación de riesgo, si el resultado se produce, éste es imputable al autor a título de dolo precisamente en el caso en que los factores de riesgo conocidos por el autor sean necesarios para explicar causalmente el resultado (31).

Aplicado al caso del ejemplo, esto significa que el autor que empuja a alguien desde un puente alto ocasiona con ello una situación que puede conducir de modos diversos a la muerte de la víctima: la víctima se puede ahogar, perder la consciencia al impactar con el agua, padecer un *shock*, golpearse contra una roca o contra el fundamento de un pilar del puente –y mucho más–. Todos estos son cursos causales que pueden resultar de la caída desde el puente. Sin embargo, no desempeña papel alguno en cuáles de estos cursos causales piensa el autor y cómo de probables los considera en concreto, puesto que sabe suficiente respecto al riesgo de partida de la caída desde el puente, para omitir, como ciudadano que decide racionalmente, la acción de empujar. Puesto que para la explicación causal de la muerte concreta –ruptura de la nuca debido al golpe contra el fundamento del pilar– debe tenerse en cuenta el hecho de que la víctima fue empujada desde el puente, el riesgo que el autor conocía se ha realizado en el resultado. Por consiguiente, la muerte de la víctima le es imputable a título de dolo.

VII. RESUMEN

Resumiendo las consideraciones anteriores en pocas palabras: un resultado no es objetivamente imputable en caso de que la causación efectiva de este resultado mediante el comportamiento del autor no contradiga el fin de protección de la norma. Y éste es solamente el caso de la disminución del riesgo y de la asunción autorresponsable del riesgo por parte del lesionado. En todos los demás supuestos, la teoría de la imputación objetiva o bien conduce a conclusiones inadecuadas.

(31) En sentido semejante, PUPPE (nota 29), pp. 549 ss.

cuadas o bien mezcla elementos del tipo objetivo y del subjetivo. En cambio, si se separan con exactitud los elementos objetivos del hecho de aquellos que son subjetivos, queda claro que el criterio de la relación de riesgo es un instrumento adecuado para fundamentar en el tipo subjetivo del delito doloso la imputación de un resultado a título de dolo.

Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización (*)

Privatdozent Dr. BERND MÜSSIG

Universidad de Bonn

Hans-Joachim Rudolphi ha contribuido de modo decisivo a que la teoría de la imputación objetiva pudiera ocupar un lugar destacado en la dogmática jurídico-penal. A pesar de su plausibilidad –transmitida también, precisamente, por el destinatario de nuestro homenaje en el aula–, los fundamentos y la sistemática de los criterios de imputación están sometidos a discusión, y, con ello, también el alcance teórico de la doctrina. La presente contribución se ocupa de estas cuestiones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho penal se refiere al acontecer social, y ello, de doble forma. Por un lado, en sí mismo constituye un suceso social, y por otro, se refiere al acontecer social, su objeto es la acción social. Por ello, no puede sorprender que las cuestiones jurídico-penales de carácter básico se remitan con regularidad a cuestiones de teoría social: la *praxis* jurídico-penal es *praxis* social, y la ilustración acerca del Derecho penal es una comprobación (teórica) acerca de

(*) Título alemán: «Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht –Zu Ansätzen einer Systematisierung–», publicado en: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (ed.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 165 ss. Traducción de *Manuel Cancio Meliá*, Universidad Autónoma de Madrid.

la imbricación social del Derecho penal; ello, a su vez, en cuanto *praxis* social.

En este contexto de la *praxis* jurídico-penal y social se hallan –como se intentará mostrar en lo que sigue– también los fundamentos de la imputación objetiva en Derecho penal. En este sentido, aquí los criterios de la imputación objetiva se entenderán –de momento, en un sentido provisional– como estructuras normativas de una interpretación jurídico-penal del acontecer social; dicho con mayor precisión: designan esferas de responsabilidad para la configuración del mundo social, y con ello, también caracterizan a la atribución jurídico-penal de vulneraciones del ordenamiento jurídico.

Para la teoría del Derecho penal, la conexión entre *praxis* jurídico-penal y social se reconoce al menos en la medida en que las versiones teóricas modernas suelen ser formuladas en un contexto de ciencias sociales (1). Sin embargo, también son conocidos los déficits que se generan cuando este contexto se limita exclusivamente a interpretaciones de orientación empíricas o científico-socialmente positivistas del Derecho penal: se corre peligro de socavar las bases normativas del sistema del Derecho penal (2). Las intenciones de una Ilustración racional en el Derecho penal y sobre el Derecho penal se reducen a la mitad cuando la visión (teórica del Derecho penal) de la sociedad se limita a una perspectiva socio-tecnológica, es decir, cuando se equipara racionalidad a efectividad instrumental (3), dejando así fuera de foco los puntos de partida normativos de una ilustración (jurídico-penal).

(1) Cfr. SK/StGB-RUDOLPHI, 7ª/8ª ed., 37ª entrega, oct. 2002, n.m. 1 ss. previos al § 1; NK-HASSEMER, 13ª entr., marzo 2003, n.m. 100 ss., 243 ss., 291 ss. previos al § 1; JAKOBS, AT, 2ª ed., n.m. 1/4 ss.

(2) Sobre esto NAUCKE, «Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts», en: HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, pp. 3, 26 ss.

(3) Respecto de la validación empírica de los puntos de partida socio-psicológicos, con carácter general, KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, § 31/34 y s.; EISENBERG, *Kriminologie*, 4ª ed., 1995, § 15/7 ss., 41/1 ss.; cfr. la sinopsis de los estudios empíricos en SCHUMANN, «Empirische Beweisbarkeit», en Schünemann/Von Hirsch/Jareborg (ed.), *Positive Generalprävention*, 1998, pp. 17 ss.; sobre las elevadas exigencias y los límites de las aproximaciones empíricas HASSEMER, «Generalprävention und Strafzumessung», en *id.*/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, p. 29 (52); *id.*, «Variationen der positiven Generalprävention», en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (ed.), *Positive Generalprävention*, pp. 29, 39 ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, 1998, pp. 115 ss., 124 ss., 127 ss.

La consecuencia que de ello se deriva para una teoría crítica del Derecho penal es que debe buscar sus fundamentos en una teoría social compleja (4); y ello no como estrategia de inmunización frente a la falsación empírica, sino abandonando puntos de partida recortados por su orientación empirista (en particular, de psicología social) (5). Más allá de esto, una teoría social idónea debe ofrecer espacio para la formulación de las bases normativas del Derecho penal. Brevemente: en sus fundamentos teórico-sociales, una teoría del Derecho penal debe estar en condiciones de transmitir la relación entre Derecho penal y configuración de la sociedad; esto, por un lado, en cuanto perspectiva de una visión interna en el sistema jurídico (-penal), y, por otro lado, en cuanto perspectiva de una observación externa científico-social del Derecho penal en la sociedad.

Las estructuras de la imputación objetiva pueden ubicarse en el punto de corte exacto de ambas perspectivas, y la tesis a formular es que con esta ubicación, queda también legitimada la destacada función de la imputación objetiva para la determinación del injusto jurídico-penal, y que con ella también cabe mostrar criterios para una sistematización.

Sin embargo, con carácter previo es necesario exponer los puntos de partida teórico-penales y sociales desde los que aquí se argumenta. Se trata del esbozo de una teoría institucional del Derecho penal que se apoya principalmente en reflexiones de teoría de los sistemas o de la teoría de la comunicación.

II. TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL

El punto de partida de una teoría institucional del Derecho penal (6) es la cuestión del sentido social de la normatividad, para asegurar por

(4) Respecto del contexto de transmisión de conocimientos empíricos y teorías del conocimiento social ya ADORNO, «Einleitung», en *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, 8ª ed., 1980, pp. 7, 42 ss., 69 ss.; *íd.*, «Soziologie und empirische Forschung», loc. cit., pp. 81, 99 ss.; también LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, 1992, pp. 122 ss., 167.

(5) Cfr. HABERMAS, «Gegen einen positivistisch halbierten Rationalismus», en: *Positivismusstreit*, pp. 235, 239. En este contexto, Müller-Tuckfeld alude al carácter relativo de una crítica (exclusivamente) empírica, *Integrationsprävention* (nota 3), pp. 129 s.

(6) En el plano abstracto, el acceso institucional a una teoría del Derecho (penal) puede caracterizarse en el sentido de que el Derecho se concibe como estructura de la sociedad, es decir, que se desarrolla una teoría estructural del Derecho en

esta vía un anclaje en la realidad de la sociedad. Ello tiene como presupuesto un concepto de sociedad conforme al cual puede aprehenderse la configuración del Derecho como proceso social global, es decir, conforme al cual pueda demostrarse la existencia de un plano constitutivamente común de Derecho y sociedad.

1. El Derecho como estructura de la sociedad

Conforme a una teoría institucional del Derecho penal, éste es el plano comunicacional de la *praxis* social. Con ello, se presupone un concepto de la sociedad como un complejo sistema de comunicación; la comunicación, en cuanto *praxis* social (autorreferencial) de la diferenciación y transmisión de sentido (7), es el proceso social fundamental, la base de interacción social y atribución de acciones.

Ante este trasfondo, las normas en su forma lingüística (de texto) son símbolos de estructuras sociales complejas: representan estructuras reflexivas de expectativas para la configuración garantizada de contactos sociales. Dependiendo del punto de vista, ello tiene significados diversos. Desde la perspectiva individual, desde el punto de vista del sujeto agente, la normatividad representa seguridad de orientación en cuanto presupuesto del comportamiento social. Si las normas se observan en su función para la sociedad, es decir, si se

cuanto teoría estructural de la sociedad. Para una sinopsis de la historia del desarrollo conceptual cfr. DUBIEL, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 4, 1976, pp. 418 ss.; respecto del concepto teórico-jurídico de institución HOFMANN, *Staatslexikon*, tomo 3, 7ª ed., 1995, pp. 102 ss.; respecto de la teoría sociológica, RÖHL, *Rechtssoziologie*, 1987, § 43, pp. 365 ss.; SCHÜLEIN, *Theorie der Institutionen*, 1987, pp. 30 ss., 143 ss., 150 ss., 159 ss., 169 ss.; *id.*, «Struktur des Rechts», en WEINBERGER/MACCORMICK, *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*, 1985, pp. 30 ss.; MACCORMICK, «Recht als institutionelle Tatsache», en: WEINBERGER/MACCORMICK, *op. cit.*, pp. 76 ss. Sobre los fundamentos y las estructuras de una teoría institucional del Derecho penal MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, pp. 85 ss., 140 ss., 156 ss. [cfr. la síntesis de contenidos de esta monografía en lengua española: MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Bogotá, 2001; = en: CDJP (Buenos Aires) 11 (2001), pp. 211 ss.; RPDJP (Lima) 2 (2001), pp. 317 ss.; RDPCr (Madrid) 9 (2002), pp. 169 ss. (n. del t.)].

(7) Sobre este concepto de comunicación –síntesis de diferenciaciones: información, transmisión de mensaje y comprensión–, delimitándolo de modelos «de transmisión» y «de consenso» LUHMANN, *Soziale Systeme*, 1987, pp. 191, 193 ss.; *id.*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, pp. 78, 81 ss.; cfr. como protagonista histórico de este punto de partida W. v. HUMBOLDT, *Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues*, Akademie-Ausgabe VII, pp. 13, 56 y s.

cambia de la perspectiva individual a la social, ya no ocupa el primer plano la coordinación de acciones individual en cada caso, sino la comunicación en cuanto *praxis* social omnicompreensiva. Desde esta perspectiva, las normas son –en cuanto parte de un orden simbólico– las estructuras fundamentales de autodescripción y organización de los sistemas sociales respectivos. Las normas determinan las estructuras presentes en el proceso de comunicación, formando así –hablando con una imagen– la configuración de los sistemas de comunicación respectivos; representan una determinada constitución de los sistemas sociales (8).

Con el concepto de Derecho se designa a aquellas estructuras de expectativas que se han institucionalizado (en procedimientos formalizados) con vigencia para el conjunto de la sociedad. Mediante la generalización simbólica en el plano global de la sociedad –por ejemplo, en forma de proposiciones programáticas abstractas–, el Derecho se caracteriza como estructura de la sociedad. Dicho en una nueva expresión, el Derecho define la configuración de la sociedad (9).

2. La creación de estructuras como proceso «autorreferencial»

En este contexto, el fundamento y la necesidad de la creación de estructuras en las sociedades los transmite la tesis de la «autorreferencialidad» del proceso de comunicación: la constitución de sistemas sociales se halla vinculada a una diferenciación, implícita en la comunicación, entre hetero- y autorreferencias, es decir, la comunicación, en su carácter de proceso, se halla vinculada a una forma. Ello tiene como presupuesto una autocaracterización orientada con base en estructuras, una (auto)concepción que puede adquirir en sistemas sociales complejos la configuración de modelos de autodescripción diferenciados, sobre la base de teorías –autorreferenciales– de reflexión.

(8) LUHMANN, *Soziale Systeme* (nota 7), pp. 382 ss., 387 ss., 392 ss., 470 ss., 472; *id.*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 46 ss., 49 y s., 125 ss.

(9) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., 1987, pp. 94 ss., 99 ss.; *id.*, *Recht der Gesellschaft* (nota 8), pp. 131 ss., 156 ss., 161 ss.; es comparable el punto de partida de HABERMAS, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, 1976, pp. 9, 35, 37 (el Derecho como marcapasos de la evolución social y encarnación institucional de estructuras de racionalidad); *id.*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, tomo II, 1988, pp. 257 ss., 261 ss., 536 (el Derecho como medio o institución en el punto de corte entre sistema y mundo vital); *id.*, *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 58 s., 106 ss.

Puesto que el argumento de la autorreflexión es relevante también para las estructuras de la imputación objetiva, aquí se explicará la realidad que con ello se designa a modo de ejemplo para el sistema jurídico: el carácter autorreferencial de las comunicaciones en el sistema jurídico puede percibirse ya en interacciones cotidianas, como, por ejemplo, en la orientación con base en situaciones normativas, aunque sólo sea en forma de una referencia vaga o en su rechazo (10). En estas referencias traslucen las exigencias a la posibilidad de fundamentar un comportamiento jurídicamente relevante (en última instancia, y si es necesario, ante los tribunales (11), que con ello, precisamente, caracterizan estas interacciones como pertenecientes al sistema jurídico. Más allá de este plano de las interacciones cotidianas, la autorreferencialidad se evidencia en la necesidad de motivación, establecida normativamente, de las decisiones en Derecho (12) es necesario que la decisión tomada sea susceptible de ser representada como «jurídicamente debida», es decir, como imbricada en el contexto del «Derecho vigente». En estos planos de la *praxis* jurídica, idealidad y realidad del Derecho, positividad y normatividad se hallan necesariamente vinculados; lo uno remite recíprocamente a lo otro (13) la *praxis* (jurídica) de comunicación se halla bajo un horizonte de ordenación simbólica que a su vez se crea en el proceso de referencias simbólicas –y a la inversa–; el Derecho fácticamente se genera en cuanto orden normativo en las invocaciones de los intervinientes, cuyo significado específico, a su vez, constituye. Finalmente, en el plano de la teoría del Derecho, de la autodescripción compleja del sistema jurídico (14), se diferencian ambos aspectos –positividad y normatividad– en cuanto perspectivas del concepto de Derecho y en cuanto estrategias de legitimación diversas (15)– y con ello también se describe el Derecho como contingente.

(10) Ejemplo: uno se queja de la cerveza sólo «medio llena» en el bar.

(11) Sobre esta perspectiva ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, pp. 47 y s.; LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (nota 8), pp. 320 ss.; HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (nota 9), pp. 240 s.

(12) LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (nota 8), pp. 306 ss., 338 ss., 366 ss., 393 ss.; HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (nota 9), pp. 287 ss.

(13) WEINBERGER, «Norm als Gedanke und Realität», en: *Íd./MACCORMICK, Grundlagen* (nota 6), pp. 60 ss.; en sentido similar también HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (nota 9), pp. 47 ss., 242 ss.

(14) LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (nota 8), pp. 14 ss., 496 ss., 504 ss.; HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (nota 9), pp. 240 s.

(15) A modo de ejemplo ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (nota 11), pp. 46 s., 142 s., 201 ss.

De este modo, los conceptos básicos del sistema jurídico se muestran como (re)construcciones: son conceptos originarios del Derecho, estructuras referidas a la función, es decir, estructuras descriptivas orientadas con base en la concepción de la autodescripción –y, en esa medida, construcciones–, pero simultáneamente también heterodescripciones de una *praxis* social, y, en esa medida, re-construcciones (16).

3. Función social del Derecho penal

El significado social del Derecho penal parte de la función del Derecho como estructura –necesaria, aunque abstracta– de la sociedad (17): mediante la pena, en cuanto reacción formalizada al comportamiento desviado, se demuestra que se sigue manteniendo la norma como expresión de la concreta configuración de la sociedad, más exactamente: la pena descalifica la conducta como esquema de interpretación relevante de la *praxis* social. El significado normativo del comportamiento se marginaliza individualizándolo, atribuyéndolo a la responsabilidad individual en cuanto vulneración del Derecho. Brevemente: la reacción jurídico-penal es una autodescripción y un autoaseguramiento de la configuración social en cuanto realidad de la sociedad –desde la perspectiva y con los medios del Derecho–.

Con estos gruesos trazos queda caracterizada la teoría de la prevención general positiva como parte integrante de una teoría institucional del Derecho penal. Ahora bien: no es decisivo el «ataque» externo, perceptible a los sentidos, a un objeto (de bien jurídico), sino el significado comunicativo de la comportamiento, su expresión de sentido imputada: la vulneración del Derecho – en cuanto cuestionamiento de una autodescripción de la sociedad jurídicamente positivada, cuya aceptación sin reacción alguna convertiría en contradictoria a esa misma autodescripción; la responsabilidad jurídico-penal, la imputación en sentido amplio, es expresión de la garantía de la vigencia del Derecho (18).

(16) Cfr. al respecto LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft* (nota 7), p. 976: «la “jurisprudencia de conceptos” representa la autorreferencia. La heteroreferencia se representa mediante “jurisprudencia de intereses”. Y es evidente que ambas orientaciones trabajan conjuntamente si el legislador deja tiempo para ello. Se trata de dos lados de una misma forma».

(17) Al respecto JAKOBS, AT, 1/4 ss., 1/9 ss.; *id.*, ZStW 107 (1995), pp. 843, 844 ss., 847 ss.; MÜSSIG, *Abstrakter Rechtsgüterschutz* (nota 6), pp. 140 ss.

(18) Esta concepción del Derecho penal es en primer lugar una concepción teórico-jurídica, y, con ello, positivista; parte de la configuración de la sociedad sin ir

III. EL SIGNIFICADO JURÍDICO COMO *PRAXIS* DE LA CONCRECIÓN DE LA NORMA

El significado comunicativo de una conducta, en primer lugar, puede ser entendido –para el sistema jurídico– como creación de símbolos por el ordenamiento jurídico; más exactamente: es la atribución de una determinada expresión de sentido como resultado de la *praxis* jurídica de interpretación (19), y, con ello, construcción de realidad (20) bajo las perspectivas de observación del sistema jurídico. De este modo, cualquier atribución jurídica de significado adquiere en sí misma carácter comunicativo; es *praxis* en el sistema jurídico que se ve remitida a las estructuras de argumentación y organización del sistema – y las reconstituye en cada caso en decisiones, la forma específicamente jurídica de atribución de significado (21).

más allá de ésta. Por consiguiente, la legitimación material del sistema jurídico-penal concreto sólo puede tener lugar a través de la legitimación de la concreta configuración de la sociedad; cfr. al respecto MÜSSIG, *Abstrakter Rechtsgüterschutz* (nota 6), pp. 142, 155 ss. Sobre las aporías de cualquier teoría de legitimación –en cuanto legitimación de un orden–, WALDENFELS, *Der Stachel des Fremden*, 2ª ed., 1991, pp. 103, 112 s.

(19) Respecto de este concepto ABEL, *Interpretationswelten*, 1995, pp. 14 ss. y *passim*; respecto del sistema jurídico SOMEK/FORGÓ, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, 1996, pp. 111 ss., 123 ss., 131 ss., 135 ss.; materialmente ya en HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 13.

(20) HASSEMER, «Person, Welt und Verantwortlichkeit», en: LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik I*, 1998, pp. 350, 351 s. A través de este concepto, la teoría de sistemas puede conectar con puntos de partida pertenecientes a la filosofía analítica del lenguaje o a la semiótica; cfr. respecto de la construcción lingüística de la realidad en forma de una *praxis* vital WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen* (Werkausgabe t. 1), núm. 23, 371 ss., 654 s.; *id.*, *Über Gewißheit* (Werkausgabe t. 8), núm. 204; cfr. también SIMON, *Philosophie des Zeichens*, 1989, pp. 25 s., 45 s., 60 s. y *passim*.

(21) Cfr. SOMEK/FORGÓ, *Nachpositivistisches Rechtsdenken* (nota 19), pp. 81 ss., 97 ss., 101 ss. Esta versión (comprensión) de la atribución (jurídica) de significados coincide en sus puntos de partida con las adaptaciones jurídicas de teorías modernas de referencia de la pragmática lingüística en el contexto de la teoría estructurante del Derecho de F. Müller (exposición sintética en BUSSE, *Juristische Semantik*, 1993, pp. 211 ss., 228 ss., 239 ss.). También conforme a estos puntos de partida, se analiza la atribución de significados –en relación con la problemática de la interpretación de la norma como concreción del texto– como parte de una *praxis* del cumplimiento de las reglas, y, con ello, en la tradición del WITTGENSTEIN tardío (*Philosophische Untersuchungen*, núm. 82 ss., 85 s., 198 ss., 201 s., 206, 217 ss.), como *praxis* de un «juego del lenguaje» (JEAN D'HEUR, *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, 1989, pp. 128 ss., 139 ss., 145 ss.; CHRISTENSEN, *Was heißt Gesetzesbindung*, 1989, pp. 234 ss., 269 ss., 274 s.; respecto del paralelismo

Por lo tanto, el significado jurídico no sólo se estructura por medio de la norma [o el texto de la norma (22)], sino también a través de los contextos de la *praxis* jurídica, los principios de organización que configuran fundamentalmente el sistema jurídico, y, con ello, también la *praxis* correspondiente de la concreción de la norma (23). La necesidad –y el carácter ineludible– de estas estructuras directrices es un hecho fundamental conocido como tal por la filosofía del lenguaje: el significado de conceptos lingüísticos sólo se infiere de la *praxis* social de su utilización (24). Si el sistema jurídico se contempla, en coherencia con la perspectiva de teoría de sistemas aquí propuesta, como sistema de comunicación autorreferencial, cabe aprehender tales principios de organización que estructuran la *praxis* (interpretativa) jurídica como estructuras básicas de autocaracterización o autodescripción jurídica.

Por lo tanto, la expresión de sentido jurídico-penalmente relevante es el producto de la *praxis* de interpretación jurídica: *praxis*

entre teoría estructurante del Derecho y pragmática lingüística F. MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed., 1994, p. 374). Con ello, el proceso de toma de decisión en sí mismo, en cuanto *actividad* de referencia del operador jurídico, se ubica en el centro de interés (JEAN D'HEUR, *op. cit.*, pp. 121 s.; CHRISTENSEN, *op. cit.*, pp. 275 ss.). Ahora bien, si aquí se establece la atribución de significados como elemento del sistema jurídico, ello significa, a diferencia de lo que implican estos puntos de partida de una lingüística pragmática jurídica, que el carácter comunicativo de la constitución de significados queda vinculado de modo originario con las estructuras del sistema jurídico, con lo que se conjura el peligro de restringir la perspectiva de la atribución de significados a la comprensión individual (cfr., sin embargo, F. MÜLLER, *op. cit.*, pp. 245 ss.; *id.*/CHRISTENSEN/SOLOKOWSKI, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, pp. 116 ss., 166 ss.; cfr. también la crítica en GÖRGEN, «On cherche les mots», en Feldner/Forgó (ed.), *Norm und Entscheidung*, 2000, pp. 86, 117 ss.; sobre la distinción entre *praxis* interpretativa e interpretación subjetiva ABEL, *Interpretationswelten* (nota 19), pp. 72 ss., 122 ss.).

(22) Sobre la distinción entre texto de la norma y norma F. MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre* (nota 21), pp. 147 ss., 184 ss., 230 ss., 234 ss.; en el mismo sentido, recurriendo a la terminología de la lingüística (de texto) (formulario del texto y significado del texto) CHRISTENSEN, *Gesetzesbindung* (nota 21), pp. 274 s.

(23) Con el mismo punto de partida GÖRGEN, «On cherche les mots» (nota 21), pp. 86, 121 ss., 126; cfr. también SOMEK/FORGÓ, *Nachpositivistisches Rechtsdenken* (nota 19), pp. 143 ss., 160 ss., 164 ss.

(24) Habría que formular, con mayor exactitud: el significado de los conceptos lingüísticos es la *praxis* de su uso. Al respecto, la concepción de WITTGENSTEIN del «juego del lenguaje» como *praxis* y «forma vital», *Philosophische Untersuchungen* (nota 20), núm. 23, 43, 238 s., 197, 202 ss.; *id.*, *Über Gewißheit* (nota 20), núm. 204, 402; SIMON, *Philosophie des Zeichens* (nota 20), pp. 39 s., 61, 177 ss.; ABEL, *Interpretationswelten* (nota 19), pp. 113 ss., 122 ss.; sintéticamente desde la perspectiva de la teoría del Derecho KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, pp. 32 ss., 36 ss.

que concreta la norma y está imbricada en las relaciones de referencia de las estructuras jurídicas de autodescripción.

IV. DEFINICIÓN DOGMÁTICA DEL INJUSTO

Desde la perspectiva de la atribución jurídico-penal de significados en cuanto atribución de responsabilidad, las estructuras (de organización) generales del sistema jurídico alcanzan en el plano de la dogmática la configuración de estructuras de imputación.

El esquema de interpretación de la norma de conducta estaría carente de contenido significativo en cuanto estructura de texto en la imputación si no fuera concretada mediante contextos de atribución de significado, es decir, en el contexto jurídico-penal, a través de reglas generales de la atribución jurídica de responsabilidad. La necesidad –y el carácter ineludible– de estas reglas de concreción deriva del contexto general acabado de describir para la atribución de significados en general: la atribución jurídico-penal de significados es atribución de responsabilidad como expresión de principios de organización jurídicamente relevantes. Así, por ejemplo, el hecho de que el comportamiento de rezar para que ocurra un accidente de circulación, aunque se produzca el accidente, no es tratado jurídicamente como homicidio, pero sí la manipulación del sistema de frenado de un vehículo de motor, presupone un acuerdo (normativo) acerca de las posibilidades y los límites de la conducta organizativa humana (25). El hecho de que, en cambio, se haga al padre responsable de la muerte de su hijo cuando no lo retira de la calzada, aunque éste haya sido engañado por un tercero para que se ubique allí, presupone igualmente tal acuerdo acerca del especial vínculo jurídico entre padre e hijo. En ambos casos puede suceder que el «mundo cotidiano» no comparta (no quiera compartir) las dimensiones de la atribución jurídica de responsabilidad –puede que el autor del conjuro quede descalificado para su entorno social, que el padre se pueda presentar como víctima de una administración de justicia arbitraria–, pero lo decisivo es que la determinación concreta del contenido de una conducta en cuanto definición dogmática del injusto se ve remitida a una precomprensión normativa acerca de los principios jurídicos de organización, a contextos de atribución jurídica de significado

(25) Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung* (nota 19), pp. 22 ss.; ya la determinación típica del resultado se halla vinculada al contexto; al respecto NK-PUPPE, n.m. 74 ss. previos al § 13.

que pueden caracterizarse como estructuras básicas de autodescripción jurídica – y que cambian cuando éstas cambian.

V. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ESTRUCTURAS DE AUTODESCRIPCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO

Como se ha mencionado al principio, en la doctrina penal existe una dogmática –que ha experimentado una amplia diferenciación hasta el momento– de la «imputación objetiva (del resultado)» (26), que, sin embargo, no sólo es discutida en lo que se refiere a sus puntos de partida (27), sino también a su funda-

(26) Sobre diversos puntos de partida de la imputación del resultado, por un lado, y la determinación del comportamiento típico desaprobado, por otro (en el marco de una dogmática de la imputación objetiva), FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 33 ss., 50 ss., de modo sintético p. 66; en una línea opuesta KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 60 ss., 69 ss.; crítico hacia un concepto de imputación (del resultado) restringido HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung* (nota 19), pp. 1 ss., 13 s.

(27) Sobre la interpretación histórica originaria como «susceptibilidad objetiva de constituirse en fin» HONIG, en: *FS-v.-Frank I*, 1930, pp. 174, 179, 184; el mismo punto de partida en WELZEL, *ZStW* 51 (1931), pp. 703, 718; lo defiende aún hoy MAIWALD, en *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 465, 477 ss.; similar OTTO, *Grundkurs AT*, 5ª ed., 1996, 6/5 t ss., 45 ss. (distinción entre la conducibilidad como criterio de la imputación objetiva y el juicio de injusto). Respecto del entendimiento hoy predominante en el sentido de una imputación del resultado (al tipo objetivo y al autor) sobre la base de un principio del riesgo orientado en términos preventivo-generales (creación de un riesgo desaprobado que se realiza en el resultado): ROXIN, en *FS-Honig*, 1970, pp. 133, 135 ss.; *id.*, *AT I*, 3ª ed., 1997, 11/39 ss., 47 ss., 63 ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 31 ss., 37 ss. (extendiéndola más allá de los delitos de lesión, pp. 75 ss., 113 ss., 197 ss., 220 ss.) –éstos, respectivamente, como variantes de la imputación típica–. En cuanto imputación al autor: SK/StGB-RUDOLPHI, n.m. 57 previo al § 1; *id.*, *JuS* 1969, pp. 549, 551 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, 4ª ed., 2000, 8/25 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 1996, § 28 IV; S/S-LENCKNER, 26ª ed., 2001, comentario previo al § 13, n.m. 92 s.; NK-PUPPE, n.m. 142 ss. previos al § 13; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (nota 26), pp. 50 ss., 509 ss.; haciendo balance y remitiéndose a los fundamentos de teoría de las normas SCHÜNNEMANN, *GA* 1999, pp. 207, 213 ss. (la imputación objetiva como criterio de una «relación teleológica de carácter preventivo-general entre la norma de conducta y el resultado producido» [221]). Pone el acento en elementos distintos KINDHÄUSER *Gefährdung* (nota 26), pp. 60 ss., 66 ss., 71 ss.; *id.*, *GA* 1994, pp. 197, 204 ss., 208 ss.; así también TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, 1992, pp. 23 ss., 31 ss.), quien limita los criterios de la imputación objetiva al ámbito del delito imprudente («imputación extraordinaria», TOEPEL, *op. cit.*, pp. 20 ss., 23 ss.). La infracción del deber de cuidado y el riesgo permitido son «sustitutivos del dolo ausente» (KINDHÄUSER, *GA* 1994, pp. 197, 208), que deben entenderse como están-

mento (28). Lo que caracteriza a estas teorías es la tendencia, implícita en los conceptos de «creación no permitida de un riesgo» o «creación desaprobada del peligro» (29), a abrir la dogmática de la imputación a criterios (normativos) de relevancia social (30); sin embargo, no hay consenso alguno ni acerca de la sistemática que estaría en su base ni sobre el punto de partida teórico-penal de ésta (31).

Por otro lado, hemos visto —en el marco del esbozo hecho hasta el momento— que un sistema del delito inspirado en la teoría social, un sistema bajo dirección de un concepto de delito mediado por la comunicación, se ve remitido en el marco de la dogmática de la imputación a principios jurídicos generales de organización: en cuanto estructura de autodescripción del sistema jurídico, estos principios suponen una estructura de la atribución jurídica de significados

dares de la concreción individual de la norma; una conducta es imputable en cuanto infracción de deber cuando la incapacidad actual para llevar a cabo un comportamiento conforme a la norma hubiera podido ser evitada, a través de una planificación racional, con medidas precautorias previas (TOEPEL, *op. cit.*, pp. 197 ss.). En última instancia, el riesgo permitido adquiere relevancia para la responsabilidad a título de dolo también para Kindhäuser, puesto que el concepto de dolo queda normativizado en esta medida: el riesgo permitido excluye el dolo *Gefährdung*, pp. 91 ss.; *id.*, GA 1994, pp. 197, 221). Sobre la imputación objetiva en el sentido de una fundamentación normativa de competencia JAKOBS, AT, 7/4 ss., 35 ss., 39 ss.; usando el mismo punto de partida SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, 1998, pp. 93 ss., 100 ss., 105 ss.; similar también MAURACH/ZIPF, AT 1, 8ª ed., 1992, § 18 n.m. 46; como sistemática global de la fundamentación de la responsabilidad también en REYES ALVARADO, ZStW 105 (1993), pp. 108, 128 ss.

(28) En contra ARM. KAUFMANN, en: FS Jescheck I, 1985, pp. 251, 254 ss., 271; Hirsch, en: FS-Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln, 1988, pp. 399, 403 ss.; *id.*, en FS Lenckner, 1998, pp. 119, 122 ss., 141 s.; KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 91 ss. (síntesis en pp. 115 s.); también adopta una posición crítica STRUENSEE, GA 1987, pp. 97, 99 ss.

(29) Respecto de la evolución dogmática de estos conceptos PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, 1974, pp. 30 ss.; REHBERG, *Zur Lehre vom «erlaubten Risiko»*, 1962, pp. 17 ss.; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken* (nota 27), pp. 29 ss.

(30) Cfr. la sintética referencia en WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung* (nota 27), pp. 177 s. Así ya WELZEL bajo el concepto de adecuación social, ZStW 58 (1939), pp. 491, 516 ss.; muestra que con ello WELZEL anticipó los puntos de partida de la imputación moderna CANCIO MELIÁ, GA 1995, pp. 179, 181 ss.

(31) Sobre diversas variantes de una sistematización en el plano de la teoría de las normas WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung* (nota 27), pp. 46 ss., 113 ss., 132 ss., 177 ss., 180 ss. (estructura en el marco de un sistema del delito sobre la base de un «punto de partida orientado tanto en la peligrosidad como en la prevención general»); FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (nota 26), pp. 70 ss., 75 s., 77 ss. (determinación del principio del riesgo bajo la perspectiva de una protección jurídico-penal de bienes jurídicos acorde con el principio de proporcionalidad). Respecto de una sistematización en el sentido de la fundamentación normativa de competencia JAKOBS, AT, 7/35 ss., 42 ss., 56 ss.

en su conjunto y, con ello, tienen relevancia fundamental para los procesos de fundamentación jurídico-penal de responsabilidad (y de exoneración).

Si es posible acoger ambos aspectos, la orientación de la teoría jurídico-penal con base en estructuras de autodescripción y la dogmática de la imputación objetiva, en un mismo contexto de fundamentación, no sólo sería posible reconducir aspectos asumidos hasta el momento actual en la sistematización de los criterios de imputación a un amplio fundamento teórico del Derecho penal y de la teoría social, sino que también quedaría franca la posibilidad de caracterizar los criterios de la imputación objetiva como reglas genuinamente jurídicas de atribución de responsabilidad; imbricados en una teoría del concepto de delito mediado por la comunicación, los criterios muestran ser el contexto necesario de la atribución jurídico-penal de significados (32).

El punto de partida para tal vínculo de sistematización se encuentra en la idea de reconstruir los propios esquemas básicos de la imputación objetiva como elementos de la autodescripción jurídica general; entonces, los esquemas básicos de la imputación objetiva deberán ser interpretados y caracterizados como principios de organización jurídica que dirigen la autodescripción del sistema jurídico. Entonces, los criterios de imputación individuales son concreciones jurídico-penalmente relevantes de principios de organización jurídicos generales, es decir, concreciones que se refieren a formas generales de autocaracterización orientada a las estructuras en el sistema jurídico; brevemente: la visión jurídico-penal de la constitución jurídica de la sociedad.

Tal sistematización de los criterios de imputación debería orientarse con base en las formas que estructuran la constitución jurídica de la sociedad, entendida esta constitución jurídica como un modelo de autodescripción necesario para el sistema jurídico.

La necesidad, en un primer momento, de tales (auto-)concepciones deriva para los sistemas sociales (y, con ello, también para el sistema jurídico), de acuerdo con el punto de partida aquí asumido en la teoría social, de modo general del carácter autorreferencial del proceso de comunicación; su peso configurador de estructuras, su relevancia en términos de dirección de la comuni-

(32) La relevancia de estos contextos, y, con ello, el alcance teórico de la teoría de la imputación objetiva, entonces no quedan limitados a la tipicidad en sentido estricto; respecto del plano de la justificación, cfr. MÜSSIG, *ZStW* 115 (2003), pp. 224, 231 ss.; respecto del plano de la culpabilidad, MK/StGB-MÜSSIG, 2003, § 35 n.m. 40, 45 ss.

cación, depende de la complejidad de la auto- y heterodescripción en el sistema correspondiente.

VI. SISTEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Desde esta perspectiva cabe mostrar –primero, sobre la base de consideraciones de plausibilidad– dos estructuras de imputación fundamentales de la atribución jurídico-penal de significados: la determinación jurídico-penal puede partir, por un lado, de una conducta individual de organización; el esquema de interpretación correspondiente es el de la atribución personal de organización –la persona en cuanto forma objetiva general de identidad jurídica y, con ello, de atribución de responsabilidad–. Por otro lado, la determinación de sentido puede partir –de modo completamente independiente de la conducta individual de organización– de la imbricación del sujeto en un contexto –normativo– especial, el esquema de interpretación correspondiente es el de formas institucionales diferenciadas –la institución como forma especial de organización de la fundamentación jurídica de responsabilidad–. Por lo tanto, persona e institución son conceptos de estructuras fundamentales de la organización jurídica que dirigen la atribución jurídico-penal de responsabilidad (33).

1. Estructura personal de imputación

Puede considerarse que la estructura personal de imputación constituye una estructura fundamental de imputación de la atribución

(33) La diferenciación de estructuras de imputación personales e institucionales parte de los fundamentos y del desarrollo de contenidos de responsabilidad desarrollados por JAKOBS para las posiciones de garantía (JAKOBS, *AT*, 7/56 ss., 28/13 ss., 29/28; *Íd.*, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 ss., 30 ss. [competencia institucional y por organización]; cfr. también TIMPE, *Strafmilderungen des allgemeinen Teils*, 1983, pp. 169 s., 171 ss., 188 ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 58 ss., 67 ss., 76 ss., 89 ss. [y *passim*]; materialmente próximo es el punto de partida de SEELMANN, *NK*, § 13 n.m. 47 ss., 49 y sss., 99 ss., 135 ss.; así como VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 354 ss., 358 ss. [aunque crítico respecto del alcance dogmático en pp. 372 ss.]; Rudolphi constata que resulta comparable con la tradicional teoría de las funciones [garante de vigilancia y garante de protección], SK/StGB, § 13 n.m. 24). En todo caso, al recurrir a los conceptos de persona e institución, aquí se pretende dirigir el foco de atención sobre el sustrato social estructural que está en la base, para caracterizar así el punto de partida de la discusión en torno a los fundamentos (especialmente, en el marco de las teorías de legitimación).

jurídico-penal de responsabilidad en la medida en que en la imagen de la administración del círculo de organización de cada uno se recogen los criterios de un rol común jurídico, estándares de la descripción social de la persona (34), para la *praxis* hermenéutica jurídico-penal: se trata de la delimitación, orientada con base en roles, de un ámbito personal de responsabilidad; ello como característica de una organización social jurídicamente descentralizada.

De este modo, la estructura personal de imputación se vincula a la estructura general –positivista– de la libertad jurídicamente organizada: a la persona en cuanto forma jurídica de identificación social de sujetos (35). El punto de partida del esquema personal de imputación lo constituyen los criterios de (exigencia a) la identidad personal –en sociedades complejas, en forma de exigencias diferenciadas en función de diversos roles– en cuanto punto de referencia de la imputación jurídica de acciones. Estos criterios se reconstruyen en el marco de la atribución jurídico-penal de responsabilidad –hablando con una imagen– como círculos de organización jurídicamente garantizados; se trata, entonces, de la delimitación, orientada con base en roles, de un ámbito de responsabilidad personal. Con ello, la estructura personal de imputación representa la relación normativa entre libre organización y responsabilidad por las consecuencias (36).

Desde esta perspectiva, la responsabilidad jurídica es competencia en virtud de organización, y el correspondiente injusto jurídico-penal es la vulneración de estándares (básicos) de organización referidos a las personas; dicho de modo llamativo: «arrogación de una organización». El uso en el lenguaje de la imagen de la «arrogación de organización», sin embargo, no debe ocultar el plano comunicativamente relevante de la determinación del injusto: siempre se trata de la defraudación de expectativas de conducta referidas a roles, orientadas con base en el esquema de la persona. Por consiguiente, no sólo concurre una «arrogación de organización» en el caso de una –hablando de nuevo a través de imágenes– intervención en círculos de organización ajenos, sino también en de la defraudación de expectativas de conducta que fueron desencadenadas por una vincu-

(34) Sobre la identificación del ser humano como «persona» en el proceso de los contactos sociales LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 1965, pp. 53 ss., 58 ss., 60, 64 ss.; *id.*, *Soziologische Aufklärung* 6, 1995, pp. 42 ss.; SIMON, *Philosophie des Zeichens* (nota 20), pp. 278 ss.

(35) Cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 176 ss.; *id.*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pp. 74 ss., 83, 142 ss., 145 s.

(36) KELSEN, *Reine Rechtslehre* (nota 35), p. 102.

lación de círculos de organización generadora de confianza (37); el espectro va desde el acogimiento de personas necesitadas de cuidados para su asistencia, pasando por la relación entre médico y paciente, hasta la comunidad de peligro. El fundamento de la responsabilidad es aquí la competencia practicada, es decir, más exactamente, la constancia en el rol.

En la forma expuesta de libertad de organización garantizada y responsabilidad por las consecuencias, la estructura personal de imputación es característica de una organización social jurídicamente descentralizada y —en cuanto esquema generalizado—, constituye el principio de organización básico de las sociedades complejas.

En este contexto, la estructura de imputación personal no sólo aprehende la responsabilidad por configuraciones del círculo de organización generadoras de riesgos no permitidos, es decir, la responsabilidad por heteropuestas en peligro y heterolesiones, sino también, desde la perspectiva de la autorresponsabilidad, la atribución de autopuestas en peligro y autolesiones; esto como consecuencia de la garantía jurídica de autoadministración, enfáticamente: autonomía. Lo primero, la organización generadora de un riesgo no permitido, se aprehende sobre todo bajo el rótulo de la infracción objetiva del deber, materializándolo principalmente a través de los deberes de aseguramiento o de salvamento vinculados a la creación de riesgos no permitidos o riesgos especiales (38); lo segundo, la configuración de la organización en cuanto aspecto de la autorresponsabilidad (39), suele plantearse bajo el rótulo de la infracción de un deber de autoprotección.

2. Estructura institucional de imputación

La estructura institucional de imputación, a diferencia de la personal, es característica del específico contexto de la organización social garantizada de modo centralizado.

(37) Distinta es la aproximación en JAKOBS, *AT*, 29/67 ss., 69 ss., quien coloca estas constelaciones, bajo el rótulo de la «confianza generadora de garantía», sobre una base institucional (de responsabilidad).

(38) Al respecto JAKOBS, *AT*, 29/29 ss., 38 ss.; NK-SEELMANN, § 13 n.m. 112 ss., 121 ss.

(39) Cfr. CANCIO MELIÁ, *ZStW* 111 (1999), pp. 357, 373 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (nota 26), pp. 148 ss., 157, 182 s.; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, 1992, pp. 138, 169 ss., 191; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, pp. 19 ss., 25 ss.; sobre el «principio de

Las instituciones en este sentido (estricto) son formas de organización que a causa de su función socialmente constitutiva –por regla general, teniendo en cuenta la generalizada ausencia de alternativas a estas formas de organización– experimentan una específica garantía estatal. Desde la perspectiva jurídico-penal, esta garantía suele representarse como un deber especial que fundamenta una atribución de responsabilidad –en principio– independiente de la conducta de organización individual (40).

De este modo, la atribución jurídica de significados, y, con ello, la imputación jurídico-penal, no parte de un modo de organización descentralizado, de la relación (de imputación) entre organización individual y responsabilidad por las consecuencias, sino de la configuración jurídicamente garantizada de estructuras de organización individuales diferenciadas y de su función social, caracterizada las más de las veces por la idea normativa rectora de un «cometido social». Por lo tanto, la estructura institucional de imputación representa contextos especiales de atribución jurídica centralizada de significados; esta atribución se halla centralizada en la medida en que en el marco de estas formas de organización la determinación jurídicamente relevante de la acción está orientada con base en la idea directriz garantizada por el Estado.

(auto-)responsabilidad» como estructura general de imputación –en el sentido de una delimitación de ámbitos de responsabilidad– S/S-LENCKNER, n.m. 100 ss. previos al § 13; S/S-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 15 n.m. 163 ss.; KÜHL, AT § 4/83; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 1 ss., 6, 69 ss., 103 ss., 107 ss.

(40) Sobre el delito de deber JAKOBS, AT, 29/106, 112; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung* (nota 33), pp. 147 ss.; LESCH, *Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 268 ss., 298 ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., 2000, pp. 352 ss., 697, 704 s.; VOGEL, *Norm und Pflicht* (nota 26), pp. 87 s., 278; también llega a esta conclusión RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 146 ss.; cfr. también BGHSt 41, pp. 113, 116 s. La crítica proviene sobre todo de posiciones que reconducen la autoría exclusivamente a un principio de dominio (SCHÜNEMANN, «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte», en GIMBERNAT *et al.*, *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 49, 60 s., 72 ss., 76 ss.; *Id.*, GA 1986, pp. 293, 331 ss.; *id.*, en LK § 14 n.m. 17 s.; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, pp. 94 ss., 109 ss.; el mismo punto de partida en SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1989, pp. 354 ss., 381 ss., 411 ss.) o colocan el dominio del hecho, como criterio necesario, junto a la infracción de deber (MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT/2, 7ª ed., 1989, 47/90 s., 114; SK/StGB-Hoyer, § 25 n.m. 21 ss., 25; SCHROEDER, *Täter hinter dem Täter*, pp. 86 s.; extensamente BLOY, *Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 230 ss.); cfr. la exhaustiva réplica en SÁNCHEZ-VERA, *op. cit.*, pp. 126 ss., 137 ss.

El criterio material que da fundamento a la garantía jurídico-penal de estas relaciones jurídicas y que con ello también caracteriza las estructuras organizativas correspondientes, en gran medida se halla predeterminado por el punto de partida teórico-penal aquí desarrollado: se trata de los presupuestos (estatales y sociales) de organización para una situación en Derecho entre personas. De este modo, la función social constatada con carácter general para el Derecho penal, la garantía de estructuras jurídicas fundamentales, repercute en la determinación de las relaciones de garantía institucionales. Dicho brevemente: el objeto de las relaciones de garantía institucionales está constituido por las condiciones estructurales de una institucionalización social del Derecho, que, precisamente, no pueden ser garantizadas a través de un modo de organización descentralizado. Deben mencionarse dos centros de gravedad en este contexto; por un lado, los presupuestos de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico y, por otro lado, la garantía de las condiciones elementales de una existencia personal en Derecho.

Presupuestos de la vigencia organizada del Derecho: es presupuesto de todo ordenamiento jurídico la garantía organizada de seguridad «exterior» e «interior»; esta última no queda limitada a una monopolización (estatal) del ejercicio de violencia [como reverso sinalagmático de la renuncia a la libertad natural (41)], sino debe concebirse en sentido amplio como la garantía de la vigencia organizada del ordenamiento jurídico (42). Esto incluye el establecimiento de procedimientos y organizaciones, en cuanto «infraestructuras basadas en el poder» (43), para el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico. En este sentido, los titulares estatales de esta infraestructura de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico actúan en el marco de relaciones institucionales de garantía, así, por ejemplo, la policía en cuanto garante para la protección frente a infracciones criminales (44), los jueces y funcionarios al servicio de

(41) Cfr. HOBBS, *Leviathan*, cap. 17 y 21; al respecto ISENSEE, *Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 3 ss., 17 ss.; *Id.*, *FS-Eichenberger*, 1982, pp. 23, 26, 28 ss.

(42) En sentido similar HERZOG, *Handbuch des Staatsrechts* (III), 58/26, 38 ss.; cfr. también KÖHLER, *AT*, pp. 226 s.; respecto del vínculo histórico(-constitucional) de Estado de Derecho y seguridad GÖTZ, *Handbuch des Staatsrechts* (III), 79/9.

(43) Sobre este concepto WILKE, *Ironie des Staates*, 1996, pp. 216, 222 ss.

(44) Cfr. (bajo el rótulo del «garante de protección») BGHSt 38, 388 (390); LK-JESCHECK, § 13 n.m. 139; TRÖNDLE/FISCHER, § 13 n.m. 6a; extensamente PAWLIK, *GA* 1999, pp. 335, 348 ss.; BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, 1986, pp. 190 ss., 193 ss.; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantienpflicht von Amtsträgern*, 1989, pp. 609 ss., 612 ss.; cfr., sin embargo, la posición contraria en SK/StGB-RUDOLPHI, § 13 n.m. 54 ss.

la administración de justicia en cuanto garantes de la decisión con autoridad de litigios jurídicos (45) o las fiscalías en cuanto garantes de la persecución y ejecución penal (46).

Condiciones de existencia personal: son dos las perspectivas desde las cuales las condiciones mínimas de una existencia personal son objeto de relaciones de garantía institucionales; por un lado, bajo el punto de vista generalizado de una «previsión elemental» [la protección organizada frente a peligros drásticos respecto de los cuales resulta imposible un aseguramiento individual (47)], por otro, en la visión especial de relaciones de cuidado diferenciadas, como, por ejemplo, la socialización primaria [relación entre padres e hijo (48)]. Ambas perspectivas tienen en común el hecho de que con los presupuestos sociales elementales de la capacidad de acción jurídica también se garantizan las condiciones de institucionalización del ordenamiento jurídico: se trata de que la persona no sólo aparezca como estructura (de imputación) de competencias de organización, sino de que las esferas garantizadas de la personalidad jurídica puedan ser caracterizadas como espacios de acción realmente disponibles; desde la perspectiva jurídico-penal, los presupuestos materiales básicos de una existencia personal en Derecho son las condiciones cognitivas de imputación normativa, que podrán ser tomadas como presupuesto de modo generalizado si y en la medida en que reciban garantía institucional.

VII. PERSPECTIVAS TEÓRICAS DE LEGITIMACIÓN RESPECTO DE LA SISTEMÁTICA

El punto de partida mostrado es positivista, puesto que la sistematización de la imputación objetiva parte de estructuras jurídicas objetivas. Dado que por esta vía se muestra al mismo tiempo que también

(45) HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung. Die Organisationszuständigkeit und die institutionelle Zuständigkeit des Amtsträgers, dargestellt an Beispielen aus dem Umweltschutzrecht*, 1986, pp. 139 ss., 146, 170; SANGENSTEDT, *Garantenstellung* (nota 44), p. 543.

(46) SANGENSTEDT, *Garantenstellung* (nota 44), pp. 530 ss.

(47) JAKOBS, AT, 29/77c; de acuerdo NK-SEELMANN, § 13 n.m. 139; cfr. también KÖHLER, AT, pp. 226 s., así como BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen* (nota 44), pp. 190 ss., 197 s.

(48) Cfr. LK-JESCHECK, § 13 n.m. 22; NK-SEELMANN, § 13 n.m. 136; SK/StGB-RUDOLPHI, § 13 n.m. 47; JAKOBS, AT, 29/59; BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen* (nota 44), pp. 150 ss.

la persona es una forma en el proceso de atribución, una estructura del Derecho, parece, sin embargo, generarse una contradicción flagrante respecto de las implicaciones en términos de teoría de la libertad de un paradigma de legitimación jurídica que –en la tradición de la filosofía práctica del Idealismo– determina la perspectiva teórica de vigencia de las teorías modernas del Derecho (penal) –con pleno vigor histórico– a un nivel exigente: la autonomía del sujeto (racional) como fundamento del Derecho.

Sin embargo, una sinopsis de la evolución histórico-filosófica desde Kant, pasando por Fichte hasta Hegel, muestra que la reconstrucción de la persona en cuanto estructura objetiva, como estructura de la constitución jurídica, sí forma parte de la coherencia de un punto de partida ubicado en la teoría de la libertad; un punto de partida que –así lo puso en evidencia la filosofía del Derecho de Hegel (49)– intentó anclar la libertad en cuanto concreta definición del sujeto en la configuración históricamente generada de la sociedad. Más aún, es sólo en este plano en el que podía fundamentarse la obligatoriedad material del Derecho y, con ello, la de la imputación jurídica: la realidad institucional en su evolución histórica es la instancia de la cuestión de la libertad, y la configuración de la persona debe desarrollarse como estructura de ese contexto institucional (50).

Ahora bien, en Hegel, la obligatoriedad del Derecho –aunque no sin incoherencias en su concreta configuración (51)– podía alimentarse del carácter necesario y de la totalidad de un desarrollo sistemático (52) que hoy –habiendo desaparecido las bases sustanciales de su sistema– ya no son susceptibles de fundamentación. La obligatoriedad material del Derecho se agota –de acuerdo con el punto de partida teórico-social aquí desarrollado– en la autodescripción normativa del sistema jurídico, que caracteriza los criterios de identidad jurídica de la sociedad; la ilustración ha alcanzado también a la legitimación de los ordenamientos jurídicos –y la ha fragmentado–.

De este modo, las vías de fundamentación de una concepción sustancialista de legitimación, es decir, de una concepción que intente

(49) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (obras t. 7 [Moldenhauer/Michel]), §§ 35, 36, 106, 262, 264.

(50) SIEP, *Anerkennung als Prinzip praktischer Philosophie*, 1979, pp. 294 ss., 296 s.; SIMON, «Intersubjektivität bei Kant und Hegel?», en ELEY, *Hegels Theorie des subjektiven Geistes*, 1990, pp. 313 ss., 327.

(51) ADORNO, *Drei Studien zu Hegel*, 1974, pp. 84 ss., 104, 133; *id.*, *Negative Dialektik*, 6ª ed., 1990, pp. 295 ss., 317; THEUNISSEN, *Sein und Schein*, 1994, p. 472.

(52) HÖSLE, *Hegels System* (t. 2, 1987), pp. 462 ss., 471 ss.; exhaustivamente ANGEHRN, *Freiheit und System bei Hegel*, 1977.

fundamentar los criterios jurídicos de identidad de sociedades modernas complejas –en cuanto modelo normativo de legitimación material (53)– sobre el carácter vinculante de determinadas concepciones del mundo, o sobre una identidad colectiva de contenidos, quedan cortadas.

Sin embargo, ya una somera consideración de la historia evolutiva de los puntos de partida de legitimación asentados sobre concepciones idealistas, de las descripciones históricamente diversas de la autonomía (de la persona) como fundamento del ordenamiento jurídico, pone en claro que la propia concepción de la libertad jurídica es aprehendida por un proceso de reflexividad social (54): mientras que en Kant aún se hallaba anclada en la estructura monológica de la autolegislación (55), en Fichte se refería a la constitución –intersubjetiva– de relaciones de reconocimiento (56), para adoptar, finalmente, en Hegel la forma de una mediación institucional de autonomía subjetiva (moral). La autonomía de la persona se transforma desde una facultad presocial del sujeto racional hacia un principio objetivo de organización de la constitución jurídica; las configuraciones del paradigma de legitimación se someten en la evolución histórico-filosófica a una objetivación que se presenta simultáneamente como procedimentalización social, como expresión de una evolución social estructural que es aprehendida cada vez con mayor claridad por la perspectiva de una configuración social reflexiva –y finalmente, en Hegel, abarca también la dimensión de la Historia–. Las diversas configuraciones que la concepción de legitimación ha recibido en la (breve) historia de la filosofía práctica del Idealismo pueden ser entendidas como estructuras históricas en el proceso evolutivo de diversas autodescripciones sociales, interpretándose, de este modo, como signos de un proceso social de evolución y diferenciación (57).

(53) Al respecto MÜSSIG, *Abstrakter Rechtsgüterschutz* (nota 6), pp. 156 ss., 165 ss.

(54) Al respecto LUHMANN, *Soziale Systeme* (nota 7), pp. 593, 600 s., 610 ss.

(55) KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Werkausgabe t. VII [Weischedel]), BA 69 ss. (pp. 63 ss.); *Íd.*, *Metaphysik der Sitten* (Werkausgabe t. VIII [Weischedel]), AB 47 s. (pp. 347).

(56) FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Johann Gottlieb Fichtes sämtliche Werke, t. 3 [I. H. Fichte]), pp. 29 ss., 47 ss., 52.

(57) Sobre el desarrollo del entendimiento de libertad en el tiempo como *praxis* (social) SIMON, *Philosophie des Zeichens* (nota 20), pp. 195 ss., 260 ss.; BORSCHÉ, «Freiheit als Zeichen», en Simon (ed.), *Zeichen und Interpretation II*, 1995, pp. 99, 106 ss., 114 ss.; respecto de las teorías de reflexión LUHMANN, *Soziale Systeme* (nota 7), pp. 593, 617 ss.

Por lo tanto, la consecuencia del proceso evolutivo es que el propio principio de autonomía se coloca bajo la perspectiva de una procedimentalización (58); es decir, que la concepción de libertad jurídica se formula bajo las condiciones de la reflexividad (procesal) social: entonces, de lo que se trata es de determinar en qué medida estas condiciones de una *praxis* jurídica de autodeterminación son aprehendidas a través de principios de organización formales, dicho de otro modo, en qué medida estas estructuras básicas de autodescripción jurídica pueden ser entendidas como expresión de autonomía (59) privada y pública en Derecho. De este modo se muestra para el punto de vista aquí desarrollado, hasta ahora, en términos positivistas, una perspectiva teórica de legitimación, al poder caracterizar los principios personal e institucional de organización como aspectos procedimentales del principio de autonomía; el análisis de los principios jurídicos de organización, que hasta ahora se ha hecho en un plano abstracto-estructural, obtiene así una determinación material, específicamente normativa.

1. Fundamentos teóricos de legitimación de un principio personal de organización

Respecto del principio personal de organización, tal fundamentación teórica de legitimación, o, dicho más exactamente, en el plano de la teoría de la libertad, es especialmente evidente; ya el concepto de «persona» remite a las correspondientes concepciones materiales de la filosofía práctica del Idealismo.

Sin embargo, la fundamentación en términos de teoría de la libertad no puede llevarse a cabo vinculando el principio personal de organización a un concepto de persona «prejurídico»: tal ontologización directa, por un lado, supondría un retroceso respecto del punto de partida estructural hasta ahora desarrollado, que caracteriza al principio personal de organización como una estructura de los procesos jurídicos de autodescripción; por otro lado, supondría retroceder respecto del estadio de argumentación que la evolución histórico-filo-

(58) Cfr. sobre esto también HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (nota 9), pp. 112 s., 151 ss., 516 ss.; *Íd.*, *Rekonstruktion* (nota 9), pp. 92, 107 s.; el mismo punto de partida en WILKE, *Ironie des Staates*, 1992, pp. 35, 48 ss., 175, 205 ss.

(59) Partiendo de la concreción por HEGEL de la forma (en un primer momento, abstracta) «persona» en las relaciones de la moralidad: *bourgeois y citoyen*; *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (nota 49), § 264; Notas de Hotho en Ilting (ed.), HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, t. 3, 1974, p. 580. Sobre la imbricación

sófica alcanzó con el sistema de Hegel (60): la persona como elemento fundamental del concepto de Derecho, esto es, como estructura de la libertad.

Una fundamentación del principio personal de organización en términos de teoría de la libertad sólo puede tener lugar vinculándola en un contexto de fundamentación de autonomía privada y pública (61). La configuración del principio personal de organización debe interpretarse en los contextos de atribución «de libertades subjetivas de actuación iguales con los correspondientes derechos de participación y garantías jurídico-procesales» (62), entendiendo estos contextos como *desiderata* de una *praxis* de autodeterminación jurídica, tal y como fueron delineados en la evolución histórico-teórica de la filosofía práctica del Idealismo.

Desde la perspectiva aquí adoptada hasta este momento, positivista y estructural, el principio personal de organización aparecía como un modo de organización jurídica descentralizada. En cuanto punto de partida se identificaron los criterios generales de una determinación normativa de la identidad bajo el punto de vista de la atribución jurídica de acciones; un esquema general de organización descrito a través de la imagen de los círculos de organización. De este modo, el principio personal de organización obtuvo la forma de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias. Desde la perspectiva de la teoría de vigencia en virtud de una concepción de autonomía, la responsabilidad jurídica por las consecuencias, en un primer paso, sólo es susceptible de fundamentación en cuanto autovinculación. Entonces, la atribución de círculos de organización, el criterio de la responsabilidad jurídica por las consecuencias es expresión de autonomía privada en la medida en que se constate que se halla imbricada en el contexto de fundamentación de una *praxis* de libertad general e igual, es decir, en la medida en que se fundamente ante el trasfondo de libertades de actuación generales e iguales. Es expresión de autonomía pública si la atribución tiene

de autonomía política y privada sobre la base de una teoría del discurso de modo sintético HABERMAS, *Einbeziehung des Anderen*, 1996, pp. 293 ss.; esbozo de una genealogía –idealizada, como reconoce el propio autor– del principio del discurso en *op. cit.*, pp. 11, 56 ss.

(60) Al respecto ADORNO, *Negative Dialektik* (nota 51), pp. 295 ss., 319.

(61) Sobre la perspectiva en la teoría del discurso bajo el rótulo de la «doble codificación» de la persona en Derecho «como ciudadano y ciudadano político», K. GÜNTHER, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2, 1994, pp. 143, 155 s.; *id.*, «Freiheit und Schuld», en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG, *Positive Generalprävention* (nota 3), pp. 153, 171; KINDHÄUSER, *ZStW* 107 (1995), pp. 701, 720 s.

(62) HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (nota 9), p. 159.

lugar en los procedimientos de la *praxis* de autodeterminación jurídica, que tiene su anclaje personal en derechos de participación iguales. De este modo, el modelo de la autolegislación, presupuesto ideal-típico implícito de la concepción de la autonomía, obtiene desde la perspectiva de la imputación jurídico-penal la forma de la autoorganización, la libertad de actuación atribuida con carácter general cristaliza en la estructura de imputación de círculos de organización a los que corresponde idéntica fundamentación. Por lo tanto, en el principio personal de organización aparece para un paradigma de legitimación inspirado en la teoría de la libertad un punto de partida de fundamentación en la medida en que los criterios jurídicos de la persona pueden ser formulados teniendo en cuenta las condiciones de autonomía privada y pública, de modo que pueden ser caracterizadas como estructuras jurídicas fundamentadas en términos teóricos de legitimación; los detalles deberán ser desarrollados en la (re-)construcción de las correspondientes estructuras de imputación.

Dos aspectos deben retenerse: por un lado, el conjunto del contenido del concepto de autonomía en términos de teoría de la vigencia no se agota en la estructura jurídico-penal de imputación del círculo de organización; tan sólo se trata de la perspectiva jurídico-penal sobre los criterios jurídicos de autonomía que son susceptibles de ser introducidos en el principio de organización. Por otro lado, el principio personal de organización no obtiene una determinación sustancial de su configuración por medio de una fundamentación en el plano de la teoría de la legitimación; al estar enraizado en las estructuras de la autodescripción jurídica, sigue siendo una estructura de argumentación en la atribución jurídica(-penal) de significados, y, con ello, se halla bajo la perspectiva de la concreta constitución jurídica. En esta medida, se constata que la concepción de la autonomía se halla mediada por lo institucional. Ahora bien, la estructura de la imputación jurídico-penal obtiene perfiles específicos: en principio, la atribución jurídico-penal de responsabilidad sólo es susceptible de ser fundamentada en la relación de constitución de la libertad en Derecho; aquello que se pretende atribuir a una esfera de responsabilidad persona debe medirse en el listón de un concepto de persona que actualice las condiciones de autonomía jurídica en un ordenamiento jurídico concreto.

2. Fundamentos teóricos de legitimación de un principio institucional de organización

La fundamentación en el plano de la teoría de la libertad del principio de organización institucional es mucho menos evidente

de lo que era el caso en el caso del principio personal. Lo característico de la imputación jurídico-penal en el marco del principio institucional de organización son horizontes normativos especiales que hallan su punto de partida en las estructuras de sistemas sociales parciales diferenciados; en esta medida, la atribución jurídica de significados aparece como atribución centralizada –y, con ello, *prima vista* como de carácter heterónomo, es decir, como no susceptible de fundamentación en el plano de la teoría de la libertad–.

Sin embargo, tal posible perspectiva supondría reducir en demasía el alcance un una concepción *jurídica* de autonomía. La autonomía no es un concepto prejurídico, sino que remite a la persona en Derecho: también para las filosofías del Derecho (!) clásicas del Idealismo, decisivas para un paradigma de legitimación basado en la teoría de la libertad, el fundamento (evidente) de una concepción de autonomía es un estado jurídico organizado estatalmente la sentencia apodíctica de Kant según la cual «la constitución civil, si bien su realidad es subjetivamente casual, es, a pesar de ello, objetivamente necesaria, es decir, como deber» (63) caracteriza en esta medida al punto de partida (mediado por la historia teórica) de la argumentación y marca simultáneamente la concepción de una fundamentación en la teoría de la libertad del principio institucional de organización: ya conforme a las teorías tradicionales del contrato social (64), las condiciones de organización del estado jurídico ya no podían ser aprehendidas únicamente con un modo de organización descentralizado en la forma del sinalagma entre organización individual y responsabilidad por las consecuencias; ya la necesidad de establecer de un grupo de operadores jurídicos remitía a estructuras de organización de mayor alcance. Hegel extrajo de ello las consecuencias teóricas caracterizando las instituciones de la moralidad como elemento autónomo de un concepto jurídico de libertad, insinuando (al menos), sin embargo, simultáneamente la existencia de una relación teórica de legitimación entre la subjetividad y las formas institucionales del Derecho: éstas, las instituciones de la moralidad, sólo pueden considerarse una configuración concreta de

(63) *Metaphysik der Sitten* (nota 55), AB 86/p. 374. Respecto de la reformulación moderna cfr. HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (nota 9), p. 160: «Por el contrario, el código jurídico está predeterminado para los sujetos de Derecho en cuanto único lenguaje en el que pueden expresar su autonomía».

(64) Sobre esto últimamente HÖFFE, *Politische Gerechtigkeit*, 1989, pp. 441 ss.; KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, pp. 39 ss.

la libertad si en ellas queda incluida dialécticamente la libertad del sujeto (65). La estructura de la relación teórica de legitimación que cabe mostrar en Hegel también puede rendir sus frutos en el presente contexto; la legitimación de un principio de organización institucional sólo puede ser indirecta: se apoya en la necesidad de estructuras especiales de organización para el establecimiento de un estado jurídico de libertad; se alimenta de la legitimidad de un estado en Derecho que ancla en el concepto de persona la concepción de autonomía privada y pública.

Hasta el momento, la necesidad de estructuras jurídicas especiales ha sido caracterizada como fundada en consideraciones funcionales. Esta perspectiva no se abandona, sino que se amplía en un aspecto material: aquellas formas de organización que no pueden caracterizarse *per se* como estructuras de libertad personal deberán ser sometidas a análisis –si se pretende que justifiquen una especial imputación jurídico-penal– para determinar en qué medida su función social está referida a las estructuras de libertad personal (y con qué consecuencias).

Por consiguiente, el punto de partida de la función social de subsistemas diferenciados, presentado hasta ahora en términos positivistas, también puede ser mantenido desde la perspectiva de una teoría de legitimación. De este modo, el principio de organización institucional muestra ser un elemento estructural de la autodescripción jurídica, que se encuentra, en cuanto estructura jurídico-penal de imputación, en un contexto de legitimación derivado; este contexto se infiere de la necesidad funcionalmente fundamentada de estructuras de organización especiales para el establecimiento de un estado jurídico que por principio intenta alcanzar en el concepto de persona las condiciones de un paradigma de legitimación en la teoría de la libertad. Lo característico del principio de organización institucional es en este contexto –como es también el caso del principio personal de organización– que se trata de una estructura de argumentación que se halla imbricado en los procesos de autodescripción del sistema jurídico, quedando, por tanto, marcada la perspectiva de argumentación por la consideración de la concreta constitución jurídica.

(65) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (nota 49), §§ 262 (adición), 265 (adición).

VIII. RESUMEN

1. La atribución jurídico-penal de responsabilidad es *praxis* hermenéutica y, con ello, es en sí misma un proceso de comunicación que –como toda comunicación– se ve remitida a contextos (de auto-descripción), es decir, en este ámbito, a principios básicos de argumentación y organización del sistema jurídico.

2. Las estructuras básicas de la imputación objetiva pueden ser reconducidas a tales principios jurídicos de organización. Deben identificarse, por un lado, la estructura personal de imputación de la competencia de organización, es decir, la atribución de responsabilidad a través de la configuración del correspondiente círculo de organización como rol jurídico de todos, y, por otro lado, la estructura institucional de imputación como caracterización de roles jurídicos especiales, que deben reconducirse a la imbricación de la persona en contextos normativos destacados, especialmente, en estructuras de organización sociales diferenciadas.

3. Los principios personal e institucional de organización pueden ser entendidos como aspectos procedimentales del principio de autonomía. En el principio personal de organización aparece un punto de partida directo para la fundamentación de un paradigma de legitimación inspirado en la teoría de la libertad en la medida en que los criterios jurídicos (de constitución) de la persona son susceptibles de ser formulados teniendo en cuenta las condiciones de la autonomía pública y privada, y, con ello, pueden ser caracterizados como estructuras jurídicas fundadas en una teoría de la legitimación; la forma jurídico-dogmática (penal) característica del principio personal de organización, la relación entre libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias, con ello aparece como expresión de autovinculación jurídica. Frente a ello, el principio institucional de organización se encuentra en una relación derivada de fundamentación respecto del paradigma de legitimación fundamentado en la teoría de la libertad; esta relación se infiere de una necesidad funcionalmente fundada de la existencia de estructuras de organización especiales para el establecimiento del estado jurídico, que intenta alcanzar en el concepto de persona las condiciones de la autonomía pública y privada.

Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs (*)

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Profesor Titular. Universidad Autónoma. Madrid

I. LA TEORÍA FUNCIONAL DE LA PENA DE GÜNTHER JAKOBS

La teoría de la pena de Jakobs es una magnífica teoría científica, entendido esto no en el sentido de que haya que asumirla como válida o correcta, sino que se trata de una teoría que encierra una enorme capacidad para generar ideas nuevas y estimular el debate científico en un tema que hace un tiempo parecía agotado. A lo largo del tiempo su teoría de la pena se ha basado en dos pilares fundamentales: a) la distinción entre expectativas normativas (contrafácticas) y expectativas cognitivas, que Luhmann importó desde 1969 del pensamiento de Galtung (1) para su teoría de los sistemas sociales (2) y

(*) Versión española de la contribución al *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 2007.

(1) *Inquiry* 2 (1959), pp. 213 ss.

(2) *Vid.*, entre otros lugares, FEIJOO SÁNCHEZ, «La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación», Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal*, Granada, 2005, pp. 454 ss.; HAUSCHILD, *Die positive Generalprävention und das Strafverfahren. Eine systemtheoretische Betrachtung*, Francfort, 2000, pp. 88 ss., pp. 118 ss.; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín, 1991, 1/5 ss.; el mismo, *ZStW* 101, pp. 522 ss., 527 ss.; el mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 23 ss.; el mismo, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», Neumann/Schulz (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart, 2000, pp. 60 ss.;

b) la transformación de la idea de prevención: lo que la pena previene son básicamente los efectos negativos que se pueden derivar del delito para el sistema social, no estando ya centrada la prevención en sus efectos de cara a conductas individuales; la pena no tiene efectos preventivos directos en los individuos (previniendo que éstos lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos), sino que sus efectos preventivos van dirigidos a dinámicas sociales o colectivas. Estas líneas básicas de la teoría de Jakobs no son ajenas, desde luego, a las aportaciones de las Ciencias sociales, que en su búsqueda de una explicación de por qué la pena tiene un significado para la sociedad que castiga, han abierto nuevas perspectivas hacia modelos preventivos simbólicos o comunicativos.

Después de haber mantenido en un principio, a partir de su trabajo programático *Schuld und Prävention* y hasta principios de los años noventa, una teoría radicalmente preventivo-general, de carácter psicologicista, en la que la pena se tematizaba sólo como prevención (3), y de haber pasado en una segunda fase a defender una teoría más bien funcional de la retribución en la que la idea de fin había quedado eliminada del discurso (4), desde el año 2003, Jakobs ha abandonado

LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, 1987, pp. 30 ss., 40 ss., 130; el mismo, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Francfort, 1984, pp. 396 ss.; el mismo, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1993, pp. 77 ss., 131 ss. En su manual (PG, 1/nota 8) Jakobs se remite en su fundamentación de la prevención general positiva a la necesidad para el sistema social de una validez segura de las normas remitiéndose a Luhmann y Festinger.

(3) ZStW 101, pp. 516 ss. y PG (nota 2), 1/15.

(4) Vid. por diversos lugares, especialmente, «Zur gegenwärtigen Straftheorie», Kodalle (ed.), *Strafe muss sein ! Muss Strafe Sein ?*, Würzburg, 1998, pp. 31 ss. (existe una traducción de Cancio Melia, M., *Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, 1998) y, además: NORM, PERSON, *Gesellschaft*, Berlín, 2ª ed., 1999, pp. 106 s.; «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart», ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Munich, 2000, pp. 49 s. (existen dos traducciones: «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en: *Estudios de Derecho judicial* 20. Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia, 1999; MUÑOZ CONDE, F. (coord. ed. española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004) y *Verantwortung* (nota 2), pp. 59 s.

Muy cercanos FRISCH, «Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des "Abschieds von Kant und Hegel"», SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, pp. 139 ss.; *íd.*, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft IV* (Strafrecht, Strafprozessrecht), Munich, 2000, pp. 277 ss.; FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Heidelberg, 1998, 1/10; *íd.*, MK, vor 13/68 ss.

las perspectivas monistas o unidimensionales y ha pasado a defender una teoría de la pena que se puede calificar como mixta o unitaria (5). Es paradigmático de esta nueva fase evolutiva su trabajo *Staatliche*

Cabe destacar que en la misma época Frisch también fue despojando la teoría de la prevención general positiva de sus efectos empíricos de psicología social. Este autor ha dado un giro radical en su concepción de la pena (representativo de este cambio Generalprävention, con una concepción que no tiene nada que ver, con ejemplo, con las primeras formulaciones de la teoría en *Vorsatz und Risiko*, Colonia, 1983, pp. 47 ss.), llegando a poder ser considerado en la actualidad a través de su teoría del restablecimiento comunicativo del Derecho a través de la pena como un paradigma del neoretribucionismo en términos funcionales.

En la misma línea discípulos de Jakobs: LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia, 1999, pp. 206 ss. y *passim*; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort, 1994, pp. 140 ss.; *id.*, GA 99, pp. 121 s., en una línea más sociológica; *id.*, *Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización*, GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Granada, 2005, p. 202 (=Rudolphi-FS, ss. 169 f.); («la reacción jurídico-penal es una autodescripción y un autoaseguramiento de la configuración social en cuanto realidad de la sociedad»); PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Colonia, 1999, p. 57, destacando en pp. 61 ss., sin embargo, aquellos puntos en los que se distancia metodológicamente de Jakobs. Para Pawlik la teoría de la pena es una teoría sobre la legitimidad de la pena (Rudolphi-FS, pp. 213 ss.). Ello es evidente si tenemos en cuenta que su reciente e interesantísima monografía sobre la pena tiene el elocuente subtítulo de *Zur Legitimation von Strafe*. Hay que destacar cómo PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, Berlín, 2004, pp. 54 ss., 97, ha desembocado en una teoría retributiva basada en la idea de que la función de la pena es el restablecimiento del Derecho como tal Derecho. Este autor entiende (p. 55) que la restitución de la juridicidad no es un fin social menos positivo o digno de valorar que la mejora del nivel de seguridad de la sociedad que propugnan las teorías preventivas clásicas.

KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Regensburg, 2000, p. 86 concluye su estudio de la teoría de Jakobs, centrándose sobre todo en su artículo sobre la pena característico de esta época, llegando a la conclusión de que «resulta dudoso que una concepción de tales características se pueda seguir denominando teoría “preventiva” de la pena» y destacando cómo la teoría de la prevención general positiva del catedrático de Bonn se había acabado acercando a las teorías retributivas (*vid.* también pp. 119 y 128). La propia Kalous asume esta posición, aunque no comparta los puntos de partida sistémicos, considerando (p. 251 y *passim*) que prevención general positiva y retribución son conceptos idénticos y propone denominar la teoría de la prevención general positiva como teoría de la retribución o teoría de la pena retributiva para diferenciarla de lo que considera que son las auténticas teorías preventivas. Según esta autora, la función preventiva de esta teoría es mediata. Por ello asume la idea de Lesch (p. 256) de que la mejor denominación para una teoría normativa de la prevención general positiva es la de teoría funcional de la retribución en la medida que así se pone el acento en la funcionalidad de la pena retributiva. La monografía de esta autora representa muy bien esta fase evolutiva de las teorías funcionales de la pena.

(5) Sobre la evolución de la teoría funcional de la pena de Jakobs, CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, ¿*Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional*

Strafe: Bedeutung und Zweck (*La pena estatal: significado y finalidad*). Esta tercera fase, que se ha venido perfilando en los últimos años, se caracteriza por intentar unificar las dos perspectivas anteriores, demasiado unilaterales por separado, y, en síntesis, supone en cierto modo una reconocitivización o desnormativización de su teoría de la pena, especialmente en lo que se refiere a los elementos preventivos (la prevención general para ciudadanos y la prevención especial negativa para enemigos). En esta última fase de su elaboración teórica Jakobs deja en evidencia como no se trata de elegir de acuerdo con un código pena justa/pena orientada teleológicamente, sino que se trata de desarrollar una teoría sobre cuando una pena orientada teleológicamente es merecida (6). En dicha teoría se recurre tanto a elementos puramente normativos como a elementos cognitivos para explicar el papel de la pena estatal. Dicha mezcla de elementos heterogéneos provoca, en mi opinión, que la actual teoría de la pena de Jakobs incurra en los mismos defectos que él mismo, con razón, ha objetado tradicionalmente a las teorías mixtas o unitarias (7): quedan metidos dentro de la teoría elementos incompatibles entre sí, por lo que una teoría en la que se entremezclan elementos normativos o de significado y elementos cognitivos o fácticos referentes a efectos preventivos carece de coherencia interna. Tras salir de la trastienda de la latencia, donde Jakobs las había confinado, las implicaciones psicológico-sociales provocan que la teoría incurra en los conflictos aporéticos característicos de las teorías de la unión.

Llevando a cabo de forma consciente una excesiva simplificación, la posición actual de Jakobs se puede resumir de la siguiente manera: las normas, entendidas como expectativas normativas o contrafácticas, configuran la estructura del orden social. La configuración de dichas expectativas es labor de la política, debiendo describir y sistematizar la Ciencia del Derecho Penal dichas estructuras normativas (a lo sumo, dejar en evidencia contradicciones o fricciones). El delito es entendido materialmente como defraudación de expectativas del sistema social –no lesión de bienes– y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma. La imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor. Junto a esta función de estabilización, el mal que se impone con la pena tiene que ver con su fin

de la pena de Günther Jakobs. *Estudio preliminar a La pena estatal: significado y finalidad de Günther Jakobs*, Madrid, 2006, pp. 15 ss.

(6) *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Madrid, 2006, p. 151.

(7) Jakobs, PG (nota 2), 1/49; *id.*, *Straftheorie* (nota 4), pp. 30 s.; *id.* (nota 6), pp. 149 s., nota 149.

preventivo-general: asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma. Dicho fin tiene como límite el tratar al delincuente como persona y no como objeto. Sin embargo, esta garantía sólo es posible en la medida en la que el delincuente pueda garantizar su fidelidad en el futuro; de lo contrario, ya no puede ser tratado como persona sino como enemigo.

Uno de los elementos más llamativos de este modelo es que, tras treinta años de evolución, Jakobs ha acabado cerrando el círculo y volviendo a una concepción instrumental de la prevención general como ejercicio en la fidelidad al Derecho: se trata de una dinámica dirigida a la generalidad para conseguir de forma directa un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural. Por ello el mal que supone la pena queda determinado por las necesidades para que la generalidad ejerza dicha fidelidad. Este es el criterio decisivo para la determinación de la pena. La gran novedad en su nueva teoría de la pena es que no sólo tiene un peso específico el significado funcional de la pena como retribución (como contradicción comunicativa del hecho delictivo), sino también la idea de fin, y ello hasta el punto de que resulta difícil saber si en la actual teoría de la pena de Jakobs –para ciudadanos– el papel protagonista lo desempeña la prevención general positiva o el mantenimiento de la identidad o estructura normativa de la sociedad mediante la contradicción comunicativa del hecho delictivo; incluso no quedan claros los elementos comunes o diversos de estos elementos: contradicción y fin preventivo. Esta nueva teoría bidimensional de la pena de Jakobs queda descompensada: toda la carga normativa de la teoría se encuentra en la retribución (en la contradicción del hecho delictivo) y la prevención general positiva se encuentra desnortativizada y con un contenido psicologista al que el propio autor parecía haber renunciado anteriormente.

En este modelo, junto al significado normativo de la contradicción del hecho, el sufrimiento que representa toda pena tiene que ver con lo cognitivamente necesario para mantener la fidelidad normativa de la generalidad, deslizándose la prevención general positiva hasta los aledaños de la prevención general negativa o intimidatoria. De esta manera la determinación legal y judicial de la pena queda condicionada por un referente puramente cognitivo (todo lo necesario para restablecer la seguridad cognitiva). Cabe objetarle, por ello, de partida a esta teoría que los aspectos normativos y comunicativos de la pena (referentes al sentido de la pena) no deberían teorizarse sólo a través de la contradicción de la infracción de la norma.

En mi opinión, Jakobs se ha visto obligado a llegar a esta conclusión, que presenta los inconvenientes ya expuestos, debido al alto

nivel de abstracción y formalidad de su perspectiva anterior a la que le faltaba lo que podemos denominar una toma de tierra-social concreta. Ello ha provocado que Jakobs siga evolucionando en su concepción funcional de la pena y esté introduciendo elementos novedosos en su teoría para salvar dicho inconveniente hasta cambiar completamente su fisonomía. La necesidad de conexión con la realidad social ha transformado radicalmente la teoría de la pena de Jakobs, que se había quedado hasta el año 2003 en un esquema de interpretación universal de los mecanismos esenciales de la pena como fenómeno social y jurídico en cualquier tipo de sociedad. En este sentido estaba justificado el reproche generalizado de gran abstracción, en la medida en la que se trataba más de una meta-teoría filosófica que de una teoría estrictamente jurídico-penal. La abstracción descriptiva aporta una perspectiva algo elevada del debate sobre la pena que aporta ciertos beneficios de conocimiento, pero, a cambio, presenta determinados déficits genéticos para una orientación social y realista de la pena en las sociedades contemporáneas. Por esta razón, precisamente, las aportaciones de Jakobs en materia de determinación de la pena durante la segunda fase de su pensamiento habían sido más bien escasas, por no decir inexistentes; es decir, la abstracción descriptiva de Jakobs dificultaba sentar las bases para una mayor concreción de la pena, no siendo posible sólo con un concepto funcional de retribución como contradicción desarrollar una teoría sobre la determinación de la pena; es decir, una teoría sobre la pena concreta a imponer (8). Tampoco quedaba resuelto un aspecto esencial de cualquier teoría de la pena como es la necesidad de que ésta suponga dolor o sufrimiento. Todo ello era una consecuencia de que su teoría había cortado amarras con la realidad social al no tratar suficientemente la relevancia comunicativa del delito y la reacción mediante pena para los ciudadanos de una determinada sociedad. Jakobs había omitido en los años noventa el tratamiento de qué sentido tiene para los ciudadanos (personas en el Derecho y no indivi-

(8) Han señalado también estas carencias en el marco de la determinación de la pena KARGL, *GA* 99, p. 65 y LOOS, *ZStW* 114, p. 670. Jakobs no había podido más que formular de manera genérica en sus trabajos de esta época que la medida de la pena se determina de acuerdo a la medida de la negación de la personalidad objetivada en el hecho [NORM, PERSON, *Gesellschaft* (nota 4), p. 105]. Se trata de una prestación bastante pobre que indica ciertas insuficiencias de una teoría que prácticamente abandonaba la dimensión preventiva del Derecho penal.

Resulta gráfica la crítica que le dirige JAKOBS (nota 6), p. 143, nota 145 a la concepción de v. Hirsch: «La rama retributiva no aporta nada a la determinación de la medida si no se refiere a un fin».

duos que se rigen por un código satisfacción/insatisfacción) que el sistema castigue y que castigue más o menos. Sin embargo, desde una perspectiva realista el mensaje que en realidad interesa del delito desde la perspectiva de los ciudadanos no es el de ¡No esta sociedad!, sino la información perturbadora del delito de cara a organizar sus futuras relaciones sociales. Si el delito se convierte en costumbre lo mejor es prescindir de las normas como modelo de orientación. Por ejemplo, si los funcionarios malversan con impunidad lo mejor es dejar de pagar impuestos que acaban en los bolsillos o las cuentas particulares de los que trabajan en la Administración.

En virtud de las carencias reseñadas, Jakobs ha introducido una nueva línea evolutiva en su pensamiento que le permite volver a tratar el tema del acoplamiento psicológico entre la pena y los ciudadanos, «recognitivizando» de forma creciente su teoría, que, en su tercera y –hasta ahora– última fase evolutiva, queda configurada como una teoría mixta en la que se entrelazan los elementos normativos que ya estaban presentes en su teoría funcional con otros cognitivos (especialmente resurgen los elementos de psicología social y se incrementa el papel de la inocuización para enemigos).

Una consecuencia concreta de todo ello es que desde el año 2003 Jakobs ha regresado a una concepción de la prevención general positiva que vuelve a tener en cuenta la influencia psicológica del mal que supone la pena en los ciudadanos. Y, a partir de ese «redescubrimiento» del necesario acoplamiento psicológico entre pena e individuo, intenta desarrollar criterios generales para la determinación de la pena dentro de una teoría de la prevención general positiva. En sus últimos trabajos (9) cobra una importancia especial para este resurgimiento de la faceta preventiva de la pena y la apertura de la prevención general positiva a una dimensión no meramente abstracta y normativa, la idea de realidad del Derecho, es decir, en la terminología de Jakobs, la función que el Derecho tiene para los ciudadanos fieles. No se trata sólo de que las víctimas potenciales vean reconocidos conceptualmente sus derechos, sino de que puedan ejercitarlos sin temor a agresiones ilegítimas. La idea de seguridad cognitiva y de que toda norma precisa una cimentación cognitiva pasa a ocupar el papel de toma de tierra de su teoría con la realidad social.

Jakobs ha desembocado en una teoría mixta porque su teoría funcional de la pena, basada exclusivamente en la idea de contradicción, pecaba por unidimensional y por su falta de vinculación con la realidad social. Por otro lado, con la teoría bidimensional que caracteriza

(9) Nota 6, pp. 135 ss.

su actual fase evolutiva, Jakobs consigue también mantener una de sus grandes aportaciones al debate moderno sobre la pena: dejar en evidencia que la retribución cumple una función social, es decir, haber mostrado la funcionalidad de la retribución (10), poniendo en entredicho la idea de que un Derecho Penal orientado o influido por las Ciencias sociales resulta incompatible con la idea de retribución. Esta idea había provocado que en el marco de las teorías preventivas de la unión como, por ejemplo, la teoría dialéctica de la unión de Roxin, la idea de que la culpabilidad por el hecho limita la prevención tuviera una fundamentación dogmática deficiente.

De esta manera bidimensional, basada en las ideas de contradicción y finalidad, quedarían cubiertos los flancos débiles de la teoría funcional de la prevención general positiva: ya hay una medida para racionalizar la determinación de la pena concreta y ya queda explicado por qué se necesita una comunicación que lleve asociada la producción de dolor al delincuente. Como señala el propio Jakobs, algunas teorías de la prevención general positiva, como la suya o la de Frisch, habían descuidado «el lado cognitivo de la vigencia de la norma, degradando los efectos psíquico-sociales, al menos en parte(...) a la condición de efectos secundarios» (11), por lo que en su nueva teoría de la pena pretende corregir lo restringido de su punto de vista.

En lo que interesa aquí, y dejando de lado otros aspectos de su compleja teoría de la pena, Jakobs deja así definida la prevención general positiva: «No basta con contradecir al autor, después de su hecho, mediante la pena, confirmando de este modo la configuración de la sociedad; por el contrario, también ha de procurarse que no se incremente la probabilidad de ulteriores infracciones de la norma, de modo que las personas, temiendo por sus legítimos intereses, por su bien, no comiencen a dudar de la realidad del ordenamiento jurídico». La teoría de la prevención general positiva según Jakobs es *a)* preventiva porque persigue un fin que es el mantenimiento de la fidelidad a la norma; *b)* general porque dicho fin va dirigido a la generalidad y *c)* positiva porque no se busca la intimidación (12).

En definitiva, la función de la pena es producir fidelidad a la norma para que los ciudadanos no sólo tengan la expectativa normativa, sino también la expectativa apoyada cognitivamente en la realidad social, de que los otros son fieles a las normas. La medida del

(10) Representativo PAWLIK, *Rudolphi-FS*, pp. 228 ss.

(11) (Nota 6), p. 145, nota 147.

(12) (Fn. 6), p. 145.

dolor viene condicionada, precisamente, por lo necesario para mantener los niveles necesarios de fidelidad y que los ciudadanos fieles al Derecho mantengan su fidelidad. Para ello considera Jakobs que el adquirir culpabilidad debe representarse con carácter general como conducta que genera para el autor un saldo de más desventajas que ventajas; lo contrario sería contraproducente para la función de mantener la fidelidad general. Para que el hecho delictivo no se convierta en un problema general hace falta la pena como dolor o sufrimiento. Como se puede apreciar, este retorno al ejercicio de la fidelidad mediante la demostración de que el delito no merece la pena establece una frontera endeble con la prevención general negativa. El propio autor en sus últimos trabajos considera que la prevención general negativa se halla contenida en la positiva. Si esto es así, en sociedades donde la tendencia dominante sea la infidelidad parece que el recurso al dolor y al sufrimiento debe ser mayor. De esta manera acaban apareciendo los problemas de toda teoría preventivo-general de carácter instrumental: la pena ya no es proporcional a la lesividad social o gravedad del hecho por sí mismo, sino a lo necesario para producir fidelidad normativa. Al menos no queda muy claro en esta nueva formulación teórica de Jakobs como, de acuerdo a estas ideas, se puede establecer una proporción entre la gravedad del hecho (su lesividad social) y la pena correspondiente a ese hecho (13).

Además de los inconvenientes puramente teóricos, la cognitivización de la prevención general positiva presenta problemas desde una perspectiva práctica: ¿Cómo determinan el legislador y el juez cuál es la pena cognitivamente (sociopsicológicamente) necesaria si lo decisivo es lo intranquilizador que resulta el hecho para la generalidad? Como toda teoría de la pena que para la medida concreta de la misma tiene que acabar recurriendo a criterios cognitivos, plantea el problema de cómo se determina o cómo sabe el juez cuál es la pena que ya no asegura cognitivamente la vigencia de la norma y cuál es la pena que excede de lo necesario para dicho aseguramiento cognitivo (14). El abandono por parte de Jakobs en este punto de una teoría normativa

(13) Aunque JAKOBS, «La pena como reparación del daño», en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, 2005, p. 347 afirma que «para determinar el daño, la perspectiva de análisis(...)debe permanecer orientada sobre el delito acontecido, más exactamente, sobre el peligro de erosión de la vigencia real de la norma creado específicamente por ese delito», éste es un aspecto que no queda claro en su nueva teoría de la pena en cuanto a la determinación de la pena a imponer.

(14) En este punto vuelve Jakobs a los problemas de determinación de la pena reflejados en PG 1/50 (nota 2), cuando mantenía que la prevención general positiva

le hace verse abocado a un empirismo que ya no puede dominar teóricamente (15).

Me queda hacer mención de lo que, además de lo ya expuesto, representa para mí el problema esencial de la actual concepción de la orientación teleológica a la prevención general positiva de Jakobs. Si bien ha subsanado la abstracción de su teoría funcional, buscando un mayor anclaje a la realidad social en la línea expuesta, su teoría funcional no puede superar el déficit genético de que carece de vinculación con un orden normativo concreto o con el contexto normativo vigente (todo orden normativo es contingente y sólo es una de las posibles alternativas funcionales). Esa falta de vinculación provoca que alguna de sus conclusiones resulte, en mi opinión, poco compatible con la normatividad vigente. Ello sucede, desde mi perspectiva con suma evidencia, con las bases del Derecho Penal del enemigo (en cuanto no se utilice como concepto puramente descriptivo) con el que irrumpe en su teoría de la pena la idea de inocuización o incapacitación selectiva (16), pero también con su concepción de la prevención general positiva. En mi opinión, cuando nos salimos del significado universal válido para cualquier tipo de ordenamiento de la pena que es el elemento retributivo o de contradicción del hecho delictivo, en el mundo de los fines no es posible desvincularse de las características vigentes del correspondiente sistema político, social y jurídico. En esta medida una teoría normativa de la pena exige vincular las razones por las que se ha construido el Derecho Penal a los principios organizativos de la sociedad que ha diferenciado dicho sector del ordenamiento jurídico con características, objetivos y fines propios. Sólo mediante la necesaria referencia a una semántica social concreta se puede ofrecer una respuesta a la orientación teleológica de la pena. La respuesta no puede ser la misma en una sociedad pluralista que en

otorgaba un margen de determinación de la pena entre la reacción que todavía se podía tomar en serio (límite mínimo) y la que resulta exageradamente dura (límite máximo). Críticos con esta indeterminación que precisaría concreciones empíricas H. J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Berlín, 1994, p. 34, y REICHERT, *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien*, Berlín, 1999, pp. 118 s.

(15) En (nota 13), pp. 347 s., reconoce expresamente que «a la hora de determinar la compensación, es decir, de la reparación, no puede eludirse la suposición (o incluso: especulación) de psicología social de cuál es el dolor con el que con carácter general (es decir, no necesariamente para todo delincuente potencial) el hecho en cuestión se entiende como empresa fracasada».

(16) CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ (nota 5), pp. 60 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho», CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Montevideo-Madrid, 2006.

una pequeña comunidad con una fuerte integración ética y emotiva o en un sistema político de amplia aceptación que en uno fuertemente contestado, con escaso apoyo de la ciudadanía y que sólo se mantiene por la fuerza de las armas. El concepto de pena tiene que ver con lo que la pena tiene de duradero o de constante, mientras los fines de la pena son fluidos, variables y ligados a las circunstancias históricas.

El sentido comunicativo del delito y de la pena sólo se puede captar adecuadamente, en mi opinión, con referencia al mundo de valores, a los presupuestos normativos y a los principios organizativos que caracterizan una determinada sociedad (17); es decir, a la propia racionalidad (comunicativa) del marco institucional. De acuerdo con esta idea entiendo que la pena cumple una función para una determinada sociedad y no se puede desarrollar una teoría de la pena para esa sociedad perdiendo de vista sus características vigentes. La «gramática profunda» de la pena no puede ser ajena a la «gramática profunda» del orden social, jurídico y político. Si no se pasa de la perspectiva externa o universal a una perspectiva interna lo único que se puede aportar es una definición funcional de la retribución como confirmación de la identidad normativa, pero no se pueden aportar datos relevantes de cuál es la finalidad de la retribución en nuestro ordenamiento jurídico.

El marco institucional (o el mundo de la vida jurídicamente institucionalizado) vigente es el Estado social y democrático de Derecho con determinados principios y presupuestos normativos. Una teoría de la pena como instrumento de estabilización normativa debe vincularse necesariamente a ese marco institucional con sus principios y su racionalidad. Los principios organizativos plasmados en la Constitución expresan las estructuras institucionales de las sociedades comunicativamente racionalizadas en un momento dado de la historia. Por ello mis diferencias básicas con la teoría de la prevención general positiva de Jakobs residen en las fricciones que como teoría de la pena presenta la teoría de este autor con lo que entiendo que son fundamentos básicos de nuestro sistema jurídico vigente. En definitiva, si se parte de la idea de que la prevención, como fin de la pena, tiene que ver con la concepción del Estado, en este punto tengo que manifestar ciertos problemas de la teoría preventiva de Jakobs en el marco

(17) En el mismo sentido, KALOUS (nota 4), p. 129 y *passim*; NEUMANN, «Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention», SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, pp. 147 ss., especialmente pp. 149 y 152, frente a lo que denomina visión sociológico-tecnocrática de Jakobs.

de una concepción moderna, democrática y pluralista del Estado. Ello me obliga a presentar un modelo teórico alternativo sobre la prevención general positiva que, a pesar de ello, aproveche al máximo las importantísimas contribuciones de la teoría funcional del autor al que está dedicado este libro homenaje.

II. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO JUSTIFICACIÓN SOCIAL DE LA PENA. UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA PREVENCIÓN

La evolución de las Ciencias sociales ha provocado que en las reflexiones sobre las instituciones jurídicas –como la pena– se tenga que introducir la sociedad como una entidad *sui generis* distinta de sus miembros, que se forma mediante complejos procesos históricos de asociación e integración. Los sistemas sociales ya no se pueden reducir a una simple suma de individuos ni las propiedades del orden social se limitan a ser el resultado de un agregado de las propiedades individuales. Sistema social e individuos son algo diferente. La integración social, normativa y no normativa, constituye desde esta perspectiva un mundo social de significados y comunicaciones que se mueve en un plano distinto al del mundo natural perceptible por los sentidos. Sin necesidad de adoptar una determinada teoría sociológica, –como, por ejemplo, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos de Niklas Luhmann– hay aspectos del funcionamiento de los sistemas sociales que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta.

Como es sabido, siempre han existido dos perspectivas para enfrentarse al fenómeno del castigo: las diversas teorías de la prevención, entendida ésta como prevención del delito, y las teorías retributivas, que dejaban de lado la racionalidad preventivista, poniendo en primer término la idea de justicia o de merecimiento. Las teorías mixtas nunca fueron una tercera opción, sino que eran teorías que, sin prescindir de ninguno de ambos aspectos, incidían más en uno o en otro. Sin embargo, junto a los dos modelos discursivos tradicionales, debe tener cabida una tercera racionalidad orientada a la prevención de la desintegración social (la pena no puede integrar, sino sólo proteger lo ya existente). La prevención en este sentido no se refiere al significado instrumental de prevención de delitos o de reducción de cifras de delincuencia, que tradicionalmente ha ido vinculado a este término y que caracterizaba a la teoría de la prevención general negativa y a las primeras formulaciones de la prevención general positiva encaminada al fortalecimiento o estabilización de la concien-

cia jurídica/antijurídica o de las convicciones valorativas de los ciudadanos o a ejercitar la fidelidad al Derecho. No se trata de desarrollar una teoría de la pena desde la perspectiva preventiva tradicional, que tenía exclusivamente en cuenta la influencia de la pena en los individuos, sino más bien desde la perspectiva del orden social, entendido éste como una realidad emergente distinta a la suma o conjunto de los individuos que viven en dicha sociedad. Lo que se pretende desde este punto de vista no es prevenir conductas individuales, sino más bien procesos supraindividuales. Cabe seguir hablando de una teoría preventiva, es decir, con una orientación al futuro, pero ya tiene poco que ver con concepciones anteriores sobre la prevención o con las tradicionales teorías preventivo-instrumentales. Se trata de influir en dinámicas sociales.

Esta nueva concepción de la prevención, que supone una alternativa a las concepciones preventivo-instrumentales clásicas, permite resaltar como elemento esencial el carácter simbólico, expresivo o comunicativo de la pena. Lo decisivo no es lo que instrumentalmente se pueda conseguir con el mal que representa la pena de cara a la prevención de delitos o la protección de bienes jurídicos, sino lo que el ordenamiento pretende expresar o comunicar mediante la declaración de culpabilidad y la correspondiente imposición del mal o sufrimiento. No se trata sólo de un efecto real, sino también de la única función que la pena puede desempeñar con éxito y, por tanto, la única que sería compatible con la realidad. En este sentido la criminología está demostrando como los efectos preventivos de la pena no dependen tanto de la sanción en sí misma, como de que el Estado reaccione enérgicamente manifestando la desaprobación jurídica de la conducta. Se encuentra alejada de la realidad, en sentido contrario, la pretensión de buscar con la pena en exclusiva la seguridad de que no se van a cometer delitos en el futuro o de que por sí misma reduzca las cifras de delincuencia (18). Lo único que puede pretender la pena es que siga existiendo un cierto orden social y normativo (prevenir la desintegración social o el colapso social) a pesar de la existencia de delitos.

Desde esta perspectiva la prevención general positiva es definida en este trabajo como la prevención de la desintegración del orden social mediante la retribución de hechos socialmente lesivos; concretamente, se trata de prevenir la desintegración del vigente Estado social

(18) FRISCH, *Schlüchter-GS*, pp. 669 ss. Según JAKOBS (nota 6), p. 137, en un Estado de libertades el Derecho penal nunca puede ofrecer una seguridad absoluta frente a los delitos.

y democrático de Derecho, tal y como se encuentra configurado (por tanto, el Derecho Penal tiene que respetar sus principios), mediante la imposición de una pena a un sujeto que se la ha ganado por realizar un hecho lesivo socialmente en virtud de una falta de disposición jurídica mínima que representa tal perturbación social para dicho sistema que no queda otra alternativa para resolver el conflicto social del que es responsable. La pena consigue dicho efecto preventivo mediante una función de estabilización de normas esenciales de convivencia.

La pena es conceptualmente siempre y en cualquier lugar retribución. En una sociedad moderna y postmetafísica ya no se retribuye por razones metafísicas, sino que dicho papel retributivo juega una importante función social: estabiliza las normas manteniendo la vigencia de ciertas normas esenciales, indispensables o necesarias. De esa manera éstas siguen cumpliendo su función orientadora. La pena mediante dicha estabilización previene la desintegración de la sociedad tal y como se encuentra normativamente configurada o su evolución hacia otro tipo de realidad social (por ejemplo, una donde la propiedad se encuentre desprotegida, es decir, no exista derecho de propiedad).

Lo relevante del punto de partida adoptado por Jakobs de la teoría de la norma como expectativa del sistema social es que mediante dicho cambio de perspectiva se entiende como la norma no va dirigida a individuos que hay que intimidar o coaccionar, sino que sus destinatarios son concebidos en su dimensión social de personas o ciudadanos dentro de un determinado orden social y jurídico. Ambos aspectos, deber de actuar o no actuar y expectativas de víctimas potenciales, tienen que ver con la finalidad de mantener la confianza en las normas penales, que también es un mecanismo que determina conductas (aunque no mediante intimidación) y que orienta la vida social. La infracción culpable de la norma sin sanción tiene un significado que tiene que ser contradicho. La prevención general, en un modelo más intersubjetivo que el formulado inicialmente mediante las teorías psicológicas de la prevención general positiva o emotivas de la prevención de integración, se busca estableciendo modelos de conducta válidos intersubjetivamente. A diferencia de lo que sucedía con las primeras teorías de la prevención general positiva, la razón por la que el ciudadano en su fuero interno respeta dicho modelo de conducta es indiferente (convencimiento, conveniencia, costumbre, imitación, miedo, compromiso social, etc.). En un Estado democrático de Derecho ese problema del fuero interno se escapa a la intervención legítima del Derecho Penal, y sólo se puede resolver

mediante una atribución de responsabilidad con base en la idea de que cada uno es competente de su responsabilidad de no erosionar las normas vigentes.

La pena cumple una función para todos los ciudadanos en su conjunto (para la sociedad) y cumple sus fines preventivos manteniendo o restableciendo la confianza en la vigencia de las normas penales como normas básicas para la convivencia, lo que conlleva en situaciones de normalidad la institucionalización del respeto general a dichas normas en la vida social.

No parece que se pueda discutir seriamente que fácticamente la pena sirve para la estabilización del orden social con su correspondiente orden normativo vinculante. Esta función de la pena para la sociedad, constatada empíricamente por las Ciencias sociales, puede ser formulada desde una perspectiva axiológica o valorativa como fin legitimante de la pena en el marco de nuestro orden constitucional y, a partir de esta idea, se puede desarrollar una teoría normativa de la prevención general dirigida al conjunto de la población con un claro anclaje en la realidad social. La pena es conceptualmente retribución ya que tiene siempre un carácter retrospectivo, pero su fin de cara al futuro es mantener los presupuestos necesarios de la confianza normativa. En este sentido la determinación de la pena concreta se ve condicionada por la relevancia de la norma infringida para el orden social y por la relevancia comunicativa del hecho desde el punto de vista del mantenimiento de la confianza generalizada en la vigencia de la norma. Sólo teniendo en cuenta que la pena concreta combate la desorientación sentando las bases de la confianza en un mundo como el prescrito por las normas, se puede graduar la pena en función de cómo el delito particular tiene comunicativa y objetivamente capacidad para perturbar la confianza (19).

(19) FRISCH, *Müller-Dietz-FS*, pp. 237 ss. Frisch destaca por sus intentos de vincular la teoría de la determinación de la pena a una sistemática general del hecho punible o del delito. Cabe resaltar en su evolución sobre este punto los trabajos en *ZStW* 99, pp. 349 ss., 751 ss. (especialmente 794 ss.); *Stratatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 1 ss.; *50 Jahre Bundesgerichtshof* (nota 4), pp. 279 s. El modelo de determinación de la pena de Frisch se adapta como anillo al dedo con la teoría de la pena expuesta en el texto. Cabe destacar que Frisch ha demostrado como muchos de los criterios que tradicionalmente se han relacionado con la culpabilidad en la teoría de la determinación de la pena tienen cabida en una teoría de la individualización judicial de la pena orientada a la prevención general positiva con una mejor fundamentación.

Lo dicho aquí no se debe entender como una asunción de la teoría de la Proporcionalidad con el hecho (*Tatproportionalität*), tal y como ha sido formulada

por v. Hirsch, Schünemann o Hörnle. Esta teoría plantea una serie de inconvenientes relevantes, más allá del rechazo genérico de que se trate de un modelo pensado para una teoría de la prevención general de influencia intimidatoria en los ciudadanos. La diferencia esencial de la teoría de la determinación de la pena de estos autores con el modelo que se pretende desarrollar aquí es que parte de una perspectiva excesivamente individualista, que toma en consideración para la determinación de la pena exclusivamente la perspectiva de la víctima (HÖRNLE, «Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität», FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003, pp. 120 s., 126 s.), mientras en el marco de la teoría diseñada aquí se debe tener en cuenta la dimensión del hecho para el orden social y no sólo para la víctima, que es lo que justifica la aflicción que representa toda imposición de pena. Aunque ambos modelos parten de la premisa metodológica común de buscar una proporción entre hecho y sanción, la diferencia esencial es que la teoría de la «Proporcionalidad con el hecho» parte de una concepción extremadamente individualista de la responsabilidad penal que no tiene suficientemente en cuenta la dimensión intersubjetiva o social del hecho. Ello es debido a que el hecho delictivo es concebido básicamente como mera lesión de derechos individuales, prescindiéndose así de un elemento decisivo como la lesividad de lo común. No es extraño, por ello, que estos autores, que adoptan una concepción del hecho más fáctica, desarrollen una teoría de la determinación de la pena muy orientada a los intereses de la víctima. Ésta no es sólo una cuestión de abstracta relevancia teórica, sino que tiene una indudable relevancia práctica. En este sentido la teoría de la «Proporcionalidad con el hecho» no puede explicar muchos factores de determinación de la pena existentes en los ordenamientos de nuestro entorno ni factores que resultan decisivos en la praxis judicial y a los que parece que no se debe renunciar. Todo ello es debido, en mi opinión, no sólo a que a la teoría de la «Proporcionalidad con el hecho» le falta el sustento de una teoría sobre la función social de la pena, sino también a que no asume la existencia de un mínimo orden común o vinculante, que es lo que acaba provocando que sólo sea relevante a efectos de determinación de la pena la afectación de intereses individuales. Por ello, por ejemplo, aunque HÖRNLE (*Tatproportionale Strafzumessung*, Berlín, 1999, pp. 143 ss., 389 ss.; de forma resumida en *Tatproportionalität*, pp. 106 ss., especialmente 126 s.) asume de partida una orientación de la determinación de la pena a la teoría del delito o al injusto culpable, el principal problema del modelo de esta autora es que ocupa un protagonismo excesivo la producción del resultado típico o la medida del desvalor del resultado (*Tatproportionale Strafzumessung*, pp. 373 ss., 399) en detrimento, por un lado, de los elementos expresivos o comunicativos del injusto (del hecho) que ella asume como punto de partida y, por otro lado, de los elementos que tienen que ver con la culpabilidad. La teoría de la determinación de la pena de Hörnle es una teoría excesivamente dependiente del desvalor del resultado. Teniendo esto en cuenta no es extraño, por ejemplo, que a Hörnle le resulte extraña la praxis judicial alemana que suele castigar los homicidios imprudentes con una pena de multa ya que considera que ello no se concilia con el gravísimo desvalor del resultado (p. 386), o que, como reconoce la propia autora, su teoría de la determinación de la pena no sirva para todas las modalidades delictivas (como los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o los delitos de peligro abstracto entre otros). Ello no es más que una consecuencia de su concepción fáctico-naturalista del hecho delictivo.

III. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO TEORÍA NORMATIVA

La tarea que se le debe asignar a la pena es mantener la vigencia de ciertas normas indispensables, necesarias o esenciales para la pervivencia de la sociedad (si se prefiere, para la convivencia dentro de un orden social), buscando sentar las bases de la confianza de la población en su validez como modelos de orientación. No se trata de un concepto formal de validez o vigencia, sino de un concepto material que tiene que ver con la eficacia de las normas para orientar la vida social. Se trata, pues, de entender la validez en sentido sociológico o práctico como la existencia de un sistema jurídico que efectivamente orienta la vida social (20). Lo que daña el delito es esa situación fáctica conforme a Derecho.

Mientras Jakobs ha vuelto a mantener una concepción de la prevención general positiva dirigida a ejercer la fidelidad en el Derecho, en este trabajo se incide en el papel que tiene la pena para ayudar a mantener la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma, concepción que creo que permite una visión más normativa de la prevención general positiva. La pena no pretende incidir directamente en conductas futuras (ni del delincuente ni de potenciales delincuentes ni de otras personas), sino sólo confirmar cuáles son las normas que siguen vigentes. Se busca que el mensaje prescriptivo de la norma que ha quedado perturbado con el delito quede restablecido con la pena. La orientación que ofrece la pena no puede incidir desde luego psicológica o pedagógicamente de forma directa y automática en todas las conciencias individuales, sino sólo de forma indirecta o mediata modelando la vida social. En definitiva, la confianza que se busca es una situación social (confianza en sentido normativo) y no una prestación psicológica de los ciudadanos o de la población. La vida social, tal y como la concebimos, existe gracias a un trasfondo normativo que se asume como evidente. El delito niega dicha evidencia y la pena tiene que recomponer ese elemento estructural de la vida cotidiana.

La confianza no se debe entender, pues, en un sentido formal y abstracto como la confianza de la sociedad en su sistema jurídico-penal, sino en sentido realista y vivo como un elemento básico de las relaciones interpersonales y del funcionamiento de la vida social. Sin

(20) AMELUNG, *Eser-FS*, pp. 7 ss.; VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden, 2002, p. 209.

confianza la realidad social sufre un cambio cualitativo. En este punto cabe desarrollar una mayor colaboración de la teoría jurídico-penal con ciencias extrajurídicas que van demostrando la importancia de ese elemento social que se puede denominar como confianza. No se trata, por tanto, de fomentar la confianza como fenómeno psicológico-social (21), ya que si cada ciudadano decide o no confiar es una cuestión particular, sino sentar de cara al futuro las bases institucionales en una confianza racional en las normas como modelos de orientación de conducta (22). Si se quiere formular de otra manera, se comunica a los ciudadanos que no tienen que contar con ese tipo de hechos en el futuro (es decir, aprender de la defraudación o del conflicto para evitar fracasar en el futuro). *La pena es un instrumento de orientación de la vida social y de los ciudadanos, que pretende evitar la anomia*, entendida como la ausencia en la vida práctica o en la realidad cotidiana de normas esenciales. Si en la vida social no se respetan las normas de conducta y si cuando se infringen las normas de conducta no se respetan las normas de sanción, ello significa que en realidad no existe el Derecho (salvo casos de infracciones endémicas, lo que genera la anomia no es tanto la infracción en sí como la infracción sin respuesta) (23). Como se ha señalado convincentemente desde una perspectiva funcional, es un requisito irrenunciable para la pervivencia del orden social la existencia de expectativas seguras, sobre todo cuando se trata de aspectos esenciales de ese orden social.

Forma parte del proceso comunicativo que representa la pena, como de todo proceso comunicativo, la expectativa de éxito y de que ésta tenga efectos en el destinatario del mensaje. Sin embargo, la comunicación puede ser aceptada o rechazada por los destinatarios del mensaje por multitud de razones. Esto es importante para la pena como modo de comunicación, ya que el éxito o fracaso de la comuni-

(21) En este sentido critica NEUMANN (nota 17), p. 148, la referencia legitimante de la pena a la confianza en la vigencia de la norma.

(22) Sobre la confianza como fenómeno fundamental en la sociedad y el Derecho: v. ROHR, *Evolutionsbiologische Grundlagen des Rechts. Zum Einfluss neurogenetischer Information auf das Recht. Ein Beitrag zur Rechtsstheologie unter besonderer Berücksichtigung des Vertrauens im Recht*, Berlín, 2001, pp. 141 ss.; LUHMANN, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2ª ed., Stuttgart, 1973, p. 1 *und passim*. V. Rohr llega a afirmar incluso (p. 142) que la confianza es una condición esencial de todo orden democrático de libertad.

(23) Como señala JAKOBS (nota 6), p. 138, el Derecho sirve como modelo de orientación social sólo en la medida en la que sirva para evitar injustos o para reaccionar frente a los injustos.

cación puede depender del mal que se ha elegido como medio de la misma. Un mal insuficiente puede hacer fracasar la comunicación, pero también puede suceder ello con una pena excesiva que provoque rechazo y con ello también haga fracasar la comunicación. Es preciso encontrar la pena que permita una comprensión más adecuada. Sin embargo, los efectos del mensaje dependen de multitud de factores personales o individuales ajenos al proceso comunicativo y que no pueden ser controlados (por citar una obviedad, la pena no puede tener los mismos efectos en un tercero ajeno al delito que en la propia víctima para la que el hecho suele estar cargado de emotividad y a la que la pena le suele resultar una retribución insuficiente del mal que ha sufrido).

Mediante la posición expuesta rechazo la visión sociopsicologista de la prevención general positiva, de acuerdo con la que lo que pretendería la pena no sería más que ejercitar ciertas disposiciones internas de los individuos a obedecer o respetar las normas (24). De acuerdo con este tipo de concepciones la pena no reaccionaría simbólicamente frente a la lesión de la juridicidad, sino más bien frente a la actitud normativa del autor. Con independencia de que nadie sabe cómo influye el ordenamiento jurídico-penal en esa «caja negra» que es la mente y de que es imposible constatar la incidencia o irritación de los delitos y las penas en las conciencias personales, los ciudadanos son los únicos competentes y responsables de dicha disposición (ellos son los que procesan la incidencia que el delito y la pena puede tener para ellos). Como seres definidos jurídicamente como autorresponsables es una cuestión particular si se dejan o no «corromper» en su disposición normativa. Es una cuestión particular de cada ciudadano cómo se deja influir por las normas penales, sus infracciones y por las penas que reaccionan a dichas infracciones. La pena no puede tener como tarea mitigar el peligro de corrupción del delito para ciudadanos responsables (25) ni puede ejercitar o desarrollar fidelidades

(24) En este sentido comparto muchas de las críticas de FRISCH, *Generalprävention* (nota 4), pp. 133 ss. y *50 Jahre Bundesgerichtshof* (nota 4), pp. 277 s. Hay que tener en cuenta que por estas razones Frisch desde 1998 ha renunciado a una concepción sociopsicológica de la prevención general positiva.

Muestra su acuerdo con las críticas de Frisch, v. HIRSCH, «Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen», FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003, p. 60, aunque su posición no coincide con la de Frisch ni con la que se sostiene en este trabajo.

(25) FRISCH, *Generalprävention* (nota 4), pp. 138 s. y *50 Jahre Bundesgerichtshof* (nota 4), p. 278, de acuerdo con KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafre-*

normativas. La legitimidad de la pena tiene que ser ajena a esa disposición individual a respetar las normas por parte de los que no delinquen si realmente dicha disposición es un asunto individual de la que se tiene que preocupar cada uno en un sistema de libertades propio de un Estado democrático. La pena sólo tiene que mantener la vigencia de las directrices irrenunciables de conducta que rigen la vida social para que el ciudadano las pueda seguir teniendo en cuenta. Y ello lo hace incidiendo comunicativamente en el mantenimiento de la vigencia o de la eficacia de la norma, pero no en los motivos por los que los individuos respetan las normas. Los delincuentes pueden ser hechos responsables de la erosión de la vigencia de la norma, pero no de las disposiciones internas de los otros miembros de la sociedad y, por ello, sólo se les puede imponer la pena necesaria para mantener comunicativamente dicha vigencia, pero no para neutralizar instrumentalmente las tendencias de otros. Creo que Jakobs, con su última versión de la prevención general positiva, no ha acabado de superar estos inconvenientes y, por ello, ha ocupado un lugar central la idea del sufrimiento (o, mejor dicho, de la exposición ante los ciudadanos del sufrimiento del condenado). Por esta razón los aspectos comunicativos tienen que ver más con su concepto funcional de retribución, mientras la prevención general positiva como prevención de la erosión general de la norma sólo se puede conseguir, según Jakobs, instrumentalmente mediante el dolor que inflige la pena. En mi opinión, no es legítimo (además de impracticable) determinar la pena no en relación a lo que el ciudadano ha hecho, sino utilizando como criterio el mal o sufrimiento necesarios para conseguir la fidelidad normativa de los ciudadanos que actúan como espectadores del proceso punitivo. La teoría de la prevención general positiva de Jakobs acaba incurriendo en el mismo defecto de todas las teorías preventivo-instrumentales de la prevención general: en una sociedad de ciudadanos fácilmente corrompibles la pena tendría que ser muy superior a la de una sociedad en la que existen de forma dominante ciudadanos que no se dejan corromper; de esta manera se evidencia como la pena pierde la necesaria proporción comunicativa con el hecho.

chtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention, Heidelberg, 1983, p. 51. De acuerdo expresamente con Frisch NEUMANN (nota 17), p. 151, nota 27.

Crítico con la relevancia que puede tener esa misma idea a efectos de determinación de la pena NEUSS, *Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen: Ein unaufgelöster Konflikt*, Aquisgrán, 2001, pp. 162 ss., señalando que, como mucho, se podría hablar de una co-responsabilidad, y aun así la responsabilidad principal es de aquellos que se dejan influir por el mal ejemplo.

Si la función de la pena es demostrar lo ventajoso de la obediencia al Derecho, cargando al infractor con costes que demuestran que la falta de fidelidad no es un «negocio rentable», se acaba descuidando un aspecto esencial del delito: su lesividad social. Por ello la gravedad de la pena no debe estar orientada a conseguir fidelidad normativa, sino a responder adecuadamente a la lesividad social del hecho delictivo, lo cual depende de la gravedad de ese hecho para el orden social. La pena no puede más que restablecer o reparar el daño a la juridicidad producido por el hecho delictivo (la estabilización normativa es lo que conlleva seguridad cognitiva para los ciudadanos).

IV. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO TEORÍA COMUNICATIVA DE LA PENA

Comparto con Jakobs y las visiones más funcionales del delito la perspectiva de que sólo se puede desarrollar una teoría normativa de la prevención general positiva si deja de entenderse como una teoría puramente instrumental y se incide en su aspecto comunicativo. Todo orden configurado mediante normas es básicamente un orden simbólico y ello tiene que ver con la función de estabilización normativa característica de la pena estatal.

La pena, como reacción al injusto culpable, restablece la lesión de la juridicidad imputable al autor, es decir, restablece la erosión del Derecho que el autor ha producido con su hecho. Las aportaciones de las Ciencias sociales a lo largo del siglo XX nos han ayudado a explicar mejor esta función de la pena en el plano simbólico o comunicativo en la medida en la que se han convertido en ciencias que estudian una realidad social estructurada simbólicamente (26).

Los partidarios de las teorías preventivo-instrumentales objetan de forma equivocada que una teoría comunicativa de la pena debería dar lugar a respuestas meramente simbólicas sin ningún tipo de efectos prácticos. Sin embargo, constatar la dimensión comunicativa de la pena no implica negar que conceptualmente la pena sea siempre un mal (si no se podría hablar de pena sino de otra cosa), sino negar que dicho mal tenga básicamente una mera dimensión instrumental de atemorización (aunque pueda tener esos efectos latentes). No sólo se comunica con palabras, sino también, por ejemplo, con gestos o

(26) En profundidad FEIJOO SÁNCHEZ (nota 2), pp. 493 ss.

acciones (o con música, artes plásticas, etc.). Por poner un ejemplo alejado del Derecho Penal: la prestación de un excelente servicio puede ser recompensada (retribuida), además de con el precio convenido, con una expresión de gratitud o con una generosa propina. Aunque, evidentemente, la segunda posibilidad depende también de la capacidad económica del que ha disfrutado del servicio (al igual que las reacciones punitivas estatales dependen de la situación social y de las condiciones de vida en esa sociedad) y en esencia se comunica lo mismo, el acto de la propina tiene indudablemente un significado comunicativo más intenso.

La imposición de una pena es una acción del Estado que tiene un significado comunicativo propio distinto al de otras acciones, con independencia de los efectos psicológicos que pueda tener en los ciudadanos o en sujetos concretos. Entender adecuadamente el significado social de la pena obliga a tener en cuenta la *dimensión pragmática* de la comunicación.

Cuando se trata de infracciones graves, sin un determinado mal o sin el ejercicio de la violencia estatal no existe una declaración inequívoca con validez general. La gravedad de la respuesta debe depender de la gravedad social del hecho y ser proporcional a la gravedad de la perturbación para el orden social. En la represión de delitos graves, dolosos y cometidos por personas plenamente imputables no es posible renunciar a la ejecución de la pena como acto comunicativo, ya que de lo contrario el grado de desaprobación no se correspondería con la gravedad de la sanción (27). Por tanto, la pena no es una comunicación a la que se vincula un mal sino que el mal es lo específico de la comunicación penal (aunque a veces el mal quede en suspenso). La pena es el mal necesario para que la comunicación social o interpersonal contra determinados hechos delictivos sea posible. Determinados hechos graves no permiten otro tipo de comunicación (al menos en el contexto de las sociedades que conocemos). Si se observan los diversos estudios empíricos que se han hecho, sobre todo en Alemania, basados en encuestas a la población, se puede observar como un porcentaje elevadísimo de la población (de los ciudadanos que no delinquen) no están dispuestos a renunciar totalmente a las penas para infracciones graves. Entender que en sus reflexiones

(27) HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung* (nota 19), pp. 135 ss.; NEUMANN, «Alternativas al Derecho penal», ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, p. 213 («en la represión de delitos graves, la pena como acto comunicativo no puede ser limitada de modo apreciable y explícito, y ello porque el grado de desaprobación se corresponde con la gravedad de la sanción»).

pragmático-morales los ciudadanos sólo piensan en cómo intimidar a otros sería simplista; más bien se trata de que renunciar en ciertos casos a una respuesta con un mal no sería entendido, o sería entendido como una situación «injusta» (descompensada). Se trataría de una situación chocante incompatible con determinadas estructuras sociales de responsabilidad. Esta idea, evidentemente, nos permite reducir el alcance del Derecho Penal allí donde otras formas de comunicación son posibles o pasen a ser posibles. Aquí existe todo un campo por explorar que una teoría normativa de la prevención general positiva nos está ayudando a descubrir.

El autor tiene que soportar todo lo que sea necesario (aunque no más) para compensar el daño que ha producido a la vigencia de la norma como realidad social. La necesidad del mal tiene que ver con la intervención estatal necesaria para que la vida social siga siendo cotidianamente una vida conforme a Derecho, no para que conceptualmente se sepa lo que es o no conforme a Derecho (en ese caso bastaría realmente con una declaración). La norma no es sólo un símbolo abstracto que pueda ser protegida sin más con declaraciones abstractas, sino que es un instrumento de configuración de la vida y de las relaciones sociales que la pena debe seguir manteniendo como realidad social. El delito no sólo ha puesto en entredicho la norma en sentido abstracto, sino que ha afectado a una determinada relación interpersonal (en el caso de delitos contra bienes jurídicos individuales) o a otro ámbito de organización (en el caso de delitos contra bienes jurídicos colectivos) y, lo que es especialmente importante, con ello ha afectado a la libertad general como realidad social.

Si una resolución delictiva que se ha ejecutado no es sólo la expresión de un pensamiento (como podría ser: ¡ la norma carece de validez en supuestos como éste ! o ¡ yo entiendo que la norma debería ser otra !), el restablecimiento del Derecho no se puede realizar en muchos casos sólo mediante expresiones. En definitiva, si el contenido comunicativo del hecho delictivo no es sólo una expresión oral o escrita, la respuesta del ordenamiento jurídico no tiene que ser sólo una expresión oral o escrita. El infractor no sólo ha atentado contra un concepto, sino contra una realidad social conforme a Derecho y ha erosionado o ha colaborado a erosionar las condiciones existentes para el desarrollo general de la libertad en la vida cotidiana. Como ya he dicho, cuál deba ser la respuesta adecuada a la lesividad social que encierra el hecho delictivo es una cuestión pragmática que depende de la configuración social concreta.

No comparto con Jakobs la idea de que la vigencia de la norma sólo se ve afectada por la manifestación de la falta de fidelidad. En

mi opinión, la disposición jurídica es un elemento del hecho (por ello no hace falta imponer males cuando el autor cometió el injusto a pesar de una disposición jurídica mínima), pero la ejecución del hecho delictivo descrito en una norma penal también es un elemento importante del mismo. Por ello tiene que ser más castigado en un supuesto de falta de disposición jurídica equivalente aquél que infringe una norma más importante para la pervivencia de la sociedad. Desde mi perspectiva la dimensión comunicativa del hecho resulta en la obra de Jakobs demasiado unilateral al quedar absorbida en exclusiva por la fidelidad al Derecho.

V. REFLEXIÓN FINAL

Jakobs pretende explicar todo el Derecho Penal a partir de la diferenciación fidelidad/infidelidad al Derecho. A partir de esta distinción esencial se va desarrollando toda su teoría jurídica del delito y de la pena con gran coherencia. Por ello la función que desempeña la pena para el orden social tiene que estar relacionada con el mantenimiento de una fidelidad suficiente de los ciudadanos al Derecho como requisito básico para la pervivencia del sistema social. En los últimos tiempos la mera retribución de la fidelidad le ha sido insuficiente para explicar la función de la pena y ha tenido que volver a una concepción de la prevención general positiva en la que la función consiste en asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma o producir fidelidad normativa. El delito se define como ausencia de fidelidad al Derecho y la pena tiene como función prevenir una falta de fidelidad generalizada o de mantener en la generalidad una fidelidad suficiente. Como toda diferenciación, la de la teoría funcional de Jakobs no refleja la realidad sino que es una construcción normativa básica que ya no permite dar marcha atrás en el tratamiento de los problemas jurídico-penales. Una cuestión esencial siempre que se debate científicamente con el homenajeado es si se comparte esa diferenciación básica como punto de partida o, como se ha hecho aquí, se entiende que acaba planteando inconvenientes no sólo dogmáticos sino también desde la perspectiva del sistema normativo vigente.

No quiero terminar esta contribución al libro homenaje al Prof. Jakobs sin agradecerle que durante mis estancias en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn me enseñara a ver muchas cosas, algunas relativas al Derecho Penal, de una manera distinta. Este trabajo no habría sido posible sin esas enseñanzas.

Los autores del delito de blanqueo de bienes
en el Código Penal Español de 1995.
Especial alusión a los proveedores de bienes
y/o servicios: el caso de los Abogados
y Asesores Fiscales (1)

PATRICIA FARALDO CABANA

Profesora titular de Derecho Penal. Universidade da Coruña

1. DETERMINACIONES PREVIAS

Las enormes posibilidades ofrecidas por la actual estructura financiera mundial han favorecido la proliferación de una serie de comportamientos que aspiran a introducir en el tráfico económico legal los cuantiosos beneficios obtenidos a raíz de la realización de delitos, es decir, que pretenden el blanqueo de los bienes (2) proce-

(1) La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre «Globalización económica y nuevos riesgos» (SEJ2004-07418/JURI) por el Ministerio de Educación y Ciencia, del cual es investigador principal Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho penal de la Universidade da Coruña. Asimismo quisiera agradecer desde aquí la invitación que me cursó Lorenzo Picotti, Ordinario di Diritto Penale dell'Università degli Studi di Verona y querido amigo y colega, para participar con este tema en el IV Congreso Hispano-italiano de Derecho penal económico, celebrado los días 7 a 9 de octubre de 2004, que supone la continuación de una iniciativa que tuvo su primera plasmación en A Coruña en 1998 y fue seguida en Pavía en 2000 y en Cádiz en 2002, ofreciendo un foro de discusión y comparación para los penalistas italianos y españoles.

(2) En las siguientes páginas haré uso de este término pese a las críticas que ha suscitado por parte de algunos autores que lo consideran un «neologismo», en pala-

dentes no sólo del narcotráfico sino de todo tipo de conductas delictivas especialmente lucrativas. Estamos ante un fenómeno de alcance transnacional, ya que tanto los delitos de los que provienen los bienes como las actividades blanqueadoras no se circunscriben, por regla general, a un único país sino que traspasan las fronteras nacionales.

Esta constatación ha dado lugar tanto a la adopción de iniciativas a nivel internacional con la finalidad de impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados, así como la coordinación de las actividades internacionales de lucha contra el blanqueo, como a la aprobación de medidas legislativas por parte de los países afectados. El sector penal del ordenamiento jurídico español no ha permanecido al margen de esta actividad, introduciendo en el Código Penal de 1995 (en adelante, CP) el delito de blanqueo de bienes procedentes de la comisión de un delito.

El antecedente inmediato de la vigente regulación del blanqueo de bienes se encuentra en la modalidad de receptación contenida en el artículo 546 *bis f*) del derogado Código Penal de 1944/1973 por la Ley Orgánica (en adelante LO) 1/1988, de 24 de marzo (3), posteriormente sustituida por los artículos 344 *bis h*) y 344 *bis i*) de

bras de VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1461; «puro argot», en expresión del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Proyecto de Código penal de 1992», *Cuadernos del CGPJ*, núm. 11, 1992, p. 245; o un término «más propio de la jerga periodística que de un Código Penal», como señala BAJO FERNÁNDEZ, M., «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 146. Y utilizaré el término blanqueo por dos razones fundamentales: la primera, porque ha recibido el respaldo que supone su uso en el lenguaje comunitario, como demuestra el texto español de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, y la segunda, porque también es el término escogido por el legislador español a la hora de redactar el precepto correspondiente del Código Penal de 1995. Sobre su origen y empleo, *vid. extensamente* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 21-28; BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 92-96.

(3) Sobre este precepto, ampliamente, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en MARTÍNEZ ARRIETA, A. (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJ I, 1994, pp. 155 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La receptación específica», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Edersa, Madrid, 1990, *passim*.

dicho texto legal, incorporados por la LO 8/1992, de 23 de diciembre (4), de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, que introduce en el Derecho interno español el contenido de la Directiva 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, la cual a su vez seguía de cerca lo dispuesto en la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990.

El Código Penal de 1995 unifica en un mismo capítulo, bajo la rúbrica «de la receptación y otras conductas afines», comportamientos que antes se hallaban dispersos en títulos tan diversos como los dedicados a los delitos de riesgo en general y a los delitos contra la propiedad, lo que ha sido acogido favorablemente por la doctrina.

No podemos silenciar, sin embargo, que se ha puesto en duda esa alegada «afinidad» del blanqueo con la receptación (5), tema sobre el que no es posible extendernos en este momento.

Las distintas modalidades de actuación que hoy se recogen en el artículo 301 CP no son sino una síntesis de las que se contenían en los artículos 344 bis *h*) e *i*) CP 1944/1973, sólo que ahora los bienes pueden proceder de cualquier delito y no exclusivamente del tráfico de drogas, previéndose una agravación específica de la pena para cuando sea éste el caso, lo que permite seguir considerando de plena actualidad buena parte de los comentarios anteriores a la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Por lo demás, en la redacción inicial

(4) Curiosamente, el art. 546 bis *f*) no fue derogado explícitamente por la LO 8/1992, lo que sin duda fue un olvido del legislador. En este sentido se ha manifestado la generalidad de la doctrina. Cfr., entre otros, Díez RIPOLLÉS, J. L., «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», *AP* 1994, marginales 178-179; CARMONA SALGADO, C., «La receptación», en MARTÍN PALLÍN, J. A. (dir.), *Delitos contra la propiedad*, CGPJ, Madrid, *CDJ* XV, 1996, p. 281; HUERTA TOCILDO, S., «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines», en Soriano Soriano, J. R. (dir.), *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, *CDJ* XX, 1996, pp. 385-386.

(5) Cfr. por todos, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pp. 353 ss.; ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación», en MARTÍNEZ ARRIETA, A. (dir.), *El encubrimiento*, cit., p. 115; SUÁREZ GONZÁLEZ, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen II*, Ceura, Madrid, 1998, p. 565.

del Código Penal de 1995 sólo se sancionaba el blanqueo de bienes procedentes de la comisión de un delito «grave», adjetivo que desaparece en la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2004 (6).

A continuación se analiza el autor en los tipos básicos del artículo 301 CP, prestando particular atención a la cuestión de la posibilidad de castigar a quien ha intervenido en el delito previo como autor de un delito de blanqueo en el caso de que lleve a cabo la conducta típica, así como al pariente sea del autor del delito previo sea de la víctima de ese delito previo, y las agravaciones por la especial condición del sujeto activo contenidas en los artículos 302 y 303 CP. Este trabajo se cierra con el análisis de la responsabilidad penal por delito de blanqueo que puede derivar de la realización de comportamientos normales, neutrales o socialmente adecuados, prestando particular atención a la conducta del abogado y del asesor fiscal.

2. EL AUTOR DE LOS TIPOS BÁSICOS DEL ARTÍCULO 301 CP

El sujeto activo es indiferenciado, de forma que cualquiera puede cometer el delito de blanqueo de bienes. Estamos ante un delito común, ya que no se restringe el círculo de sujetos activos a un determinado grupo de personas que deba reunir una característica concreta.

Dicho esto conviene puntualizar que de acuerdo con un importante sector doctrinal y jurisprudencial deben ser excluidos de la esfera de posibles sujetos activos quienes hayan participado por cualquier título en la comisión del delito del cual provienen los bienes que se blanquean (7), invocando diversas razones. Y ello a pesar de

(6) Sobre esta reforma, *vid.* ABEL SOUTO, M., «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003», *La Ley Penal*, núm. 20, octubre de 2005, pp. 24-25, que la califica de «aberrante» y destaca las consecuencias no deseables a que conduce; COBO DEL ROSAL, M., «La recepción de las normas de la Comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales», *CPC*, núm. 85, 2005, pp. 61 y 63, que afirma que es desmesurada, radical; o GARCÍA ARÁN en J. CORDOBA RODA/ M. GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1155, para quien resulta «incomprensible».

(7) En este sentido, *cfr.* por todos, GONZÁLEZ RUS en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 852; MORENO CÁNOVES, A./ RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal (concordados y con*

que la ley no excluye expresamente del ámbito de posibles sujetos activos a quienes han intervenido como autores o como cómplices en el delito previamente cometido, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de encubrimiento (8) y de receptación (9).

jurisprudencia), Edijus, Zaragoza, 1996, p. 386; RUIZ VADILLO, E.: «El blanqueo de capitales en el Ordenamiento Jurídico español. Perspectiva actual y futura», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 1992, p. 115, desde una perspectiva «*de lege ferenda*»; SUÁREZ GONZÁLEZ en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 566; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 110-113. Más ampliamente, vid. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 461 ss.

En la jurisprudencia son paradigmáticas las SSTs de 23 de mayo de 1997 (Ar. 4292), 15 de abril de 1998 (Ar. 3805) y 19 de febrero de 2002 (Ar. 3721). Se suele optar por aplicar la regla de la absorción o consunción, tercera del art. 8 CP, y entender que quien interviene en el delito previo no puede ser sancionado autónomamente por blanqueo de los bienes procedentes de ese delito previo. En la jurisprudencia de los tribunales inferiores vid. la SAP de Palma de Mallorca de 25 de octubre de 1999. Sin embargo, esta posición no es unánime. La STS de 28 de julio de 2001 (Ar. 8334) declaró la posibilidad de que el autor del delito previo pueda ser autor o cómplice del delito de blanqueo de bienes, posibilidad que parece admitir también la STS de 19 de diciembre de 2003 (Ar. 2004/2128).

(8) Vid. el art. 451 CP: «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice...».

(9) Vid. el art. 298.1 CP: «El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice...».

En el delito de receptación la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entendían, ya con la regulación anterior, que no contenía expresa mención a la excepción que nos ocupa, que «por lo que al sujeto activo se refiere, la única limitación que se hace es que quien realiza la conducta receptadora no haya participado en la comisión del delito del que el bien receptado procede...». Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 44-45. Vid. entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Encubrimiento y receptación*, Bosch, Barcelona, 1955, p. 124, quien sostiene que en el sujeto activo de la receptación ha de concurrir la condición de ser por completo ajeno a toda participación en el delito principal receptado; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen II*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 983, quien afirma que aun cuando no se halle contenido en la configuración dada por el texto legal a esta infracción es un elemento integrante de ella que el agente no haya intervenido en modo alguno en la ejecución del delito contra la propiedad de cuyos efectos se aprovecha, debiendo ser su actuación de modo exclusivo posterior a la perpetración de aquél, o encaminada tan sólo al aprovechamiento de sus efectos; MARTOS NÚÑEZ, J. A., *El delito de receptación*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 204-208; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Tomo III. Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1978, p. 390, para quien «sujeto del delito tipo de receptación... puede ser cualquiera, pero sobre el presupuesto negativo de no haber participado como autor o cómplice del delito base, cualidad que desplaza toda posible exigencia de responsabi-

Esta posición se basa en el principio general que afirma la impunidad del autoencubrimiento, con la sola excepción de que se cometa un nuevo delito (10). No puedo aquí profundizar en la polémica existente en torno al fundamento de esta impunidad. Baste señalar que en su desarrollo se han mantenido dos tesis principales: la primera afirma que el blanqueo de bienes es un delito posterior copenado con relación al delito previo (11), mientras que la segunda considera aplicable el principio general de

lidades, que de darse, equivaldrían a incriminar el autoencubrimiento». Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La receptación específica*, cit., pp. 491-492, mantenía una posición matizada, en el sentido de entender que si la intervención del autor o partícipe del hecho principal en la receptación específica tiene el sentido de un autoencubrimiento no debe sancionarse, pero sí si lo pretendido es la realización de un nuevo hecho lucrativo en sí mismo.

(10) En este sentido, cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, A., «El encubrimiento», en A. MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento*, cit., p. 42; ROMERAL MORALEDA, A./GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993, p. 218; ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Receptación y blanqueo de capitales», en AA.VV., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. III*, Madrid, 1996, pp. 468-469. Esta posición se relaciona estrechamente con una concepción del blanqueo como delito contra la Administración de Justicia. Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 111.

(11) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid, 2001, p. 689, que apuntan que «el autor del delito previo del que traen su origen los bienes no puede ser autor del delito de blanqueo, ya que... entonces el blanqueo constituiría un acto posterior copenado ya incluido en el desvalor del delito precedente y, por lo tanto, impune»; GONZÁLEZ RUS en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso, Parte especial I*, cit., p. 852, donde señala que «el precepto parte de la base de que los comportamientos castigados están realizados por un tercero que no es autor ni partícipe del delito del que traen su origen los bienes, pues si así fuera se trataría de un acto posterior impune»; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 386, quienes apuntan que el desvalor de la conducta queda consumido por el delito antecedente; SUÁREZ GONZÁLEZ en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 863, donde afirma que «sujeto activo de estas modalidades de conducta sólo pueden serlo quienes no hayan participado en el delito del que originariamente provienen los bienes, ya que de ser responsables del mismo las conductas aquí reguladas constituirían actos posteriores impunes», repitiendo literalmente lo que ya señalara en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 566; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 390 ss., quien señala que «el contenido de injusto del delito previo, ya se opte por integrarlo con el desvalor de resultado, el de acción, o ambos, es capaz de abarcar el contenido de injusto de los actos que coinciden con la descripción típica del blanqueo de capitales»; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 112-113, donde puntualiza que en los casos en que el sujeto que ha cometido un delito grave realiza con posterioridad una conducta incardinable en otro tipo penal con el fin de dar apariencia de legalidad al bien que ilícitamente ha obtenido, «entendemos habrá de recurrirse a la vía del concurso de infracciones entre el delito principal y el cometido ulteriormente», mientras que «si el dinero proveniente de la comisión de un delito grave se sustituye por cualquier otro bien, esta conversión quedará copenada en el delito prin-

inexigibilidad de otra conducta (12). Se opte por una tesis o por la otra, el resultado consiste en negar que los autores y partícipes en el delito previo puedan ser sancionados como autores o partícipes en el delito de blanqueo.

Pues bien, en mi opinión es preferible una interpretación alternativa que admita la sanción del autor o de los partícipes en el delito previo que cometan un delito de blanqueo de los bienes obtenidos, como la que está realizando otro sector de la doctrina (13). Cabe ale-

cial, aunque esta transformación suponga la ocultación del verdadero origen del bien y, por tanto, de la comisión del delito previamente cometido» (p. 113, nota núm. 210); ZARAGOZA AGUADO, J. A., *Receptación y blanqueo de capitales*, cit., pp. 457 y 468-469. En contra, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 466 ss.; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 234 ss.

Este argumento también es empleado en Alemania para justificar la impunidad del autor del delito previo que ha intervenido sea como autor que como partícipe en el blanqueo. Cfr. por todos BURR, C., *Geldwäsche-Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Diss. Siegburg, 1995, p. 60; OSWALD, K., *Die Implementation gesetzlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Iuscrim, Freiburg i. Br., 1997, p. 72, quien puntualiza, no obstante, que el partícipe en el delito previo sí puede ser sancionado como autor en el delito de blanqueo de bienes, ya que ha participado en un hecho ajeno. La cuestión es discutida. En contra, vid. KÖRNER, H. H., *Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz*, 4. Aufl. C. H. Beck, München, 1994, § 261, Rn.1054.

(12) Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 470 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 110-111, quien reconoce la debilidad de la línea argumental que se limita a aludir a la regla de la impunidad del autoencubrimiento y opta en ocasiones por la tesis del acto copenado en el delito principal y en otras por la inexigibilidad de otro comportamiento. Críticamente, CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo*, cit., pp. 237-243.

(13) Vid. entre otros CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 129 ss.; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 241-243; DíEZ RIPOLLÉS, J. L., *El blanqueo de capitales*, cit., p. 611; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 318 y 368-369; FERRÉ OLIVÉ, J. C., ««Blanqueo» de capitales y criminalidad organizada», en J. C. FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, p. 92; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 304; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 510-511; PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», en T. S. Vives Antón/J. L. Manzanares Samaniego (eds.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 448-449. También comparte esta posición ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 176-178, quien únicamente excepciona de esta posibilidad los actos realizados «para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos», por entender que en ella «es necesaria la ajeneidad de la realización del delito previo». A mi juicio, sin

gar varias razones. En primer lugar, la posición que adopto en relación con el bien jurídico protegido, que concibe el blanqueo como un delito pluriofensivo (14), favorece entender que los intervinientes en el delito previo pueden ser autores del delito de blanqueo (15), pues su conducta no puede entenderse consumida en el delito previo al no afectar a los mismos bienes jurídicos (16). En segundo lugar, no es lógico afirmar que el delito previo absorbe el desvalor del blanqueo cuando éste, a diferencia del encubrimiento y de la receptación (17),

embargo, esta cláusula no impide castigar a uno de los intervinientes en el delito previo que realiza actos para ayudar a otro a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Considera que la posibilidad de sanción a los intervinientes en el delito previo es la alternativa preferible desde una perspectiva político-criminal, si bien no la comparte «*de lege lata*», BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 501-502.

(14) Cfr. FARALDO CABANA, P., *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995*, EPC XXI, 1998, pp. 117 ss.

(15) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 332, que se refiere al bien jurídico de naturaleza socioeconómica; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 494 ss. Vid. también ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 171; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 234-237; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 317-318. En efecto, la impunidad del autoencubrimiento se basa en que el hecho posterior resulta copenado en el previo cuando no lesiona un nuevo bien jurídico, sino sólo el que ya ha sido menoscabado previamente con el delito previo, cosa que no sucede en el caso que nos ocupa, pues incluso tratándose el delito previo de un delito socioeconómico el blanqueo no quedaría consumido en él, ya que también tutela la Administración de Justicia.

(16) En este sentido, *vid.* entre otros ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 171, quien apunta que «es muy difícil entender el blanqueo como un hecho posterior copenado porque no existe una identidad de bienes jurídicos entre el delito previo y el de blanqueo, de modo que difícilmente puede afirmarse que el contenido de injusto del delito previo integra el contenido de injusto del delito de blanqueo»; CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 133-134, que subraya la falta de identidad de bien jurídico protegido; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 236; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 548-549.

(17) Art. 298.3 CP (receptación): «En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

Art. 452 CP (encubrimiento): «En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de

puede castigarse con pena superior a la que corresponde al delito previo, lo que demuestra su independencia respecto de éste (18). En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de encubrimiento y de receptación, en el blanqueo el legislador no ha señalado de forma expresa que el responsable no puede haber intervenido en el delito previo ni como autor ni como cómplice, lo que es un claro indicio de que se deja abierta la posibilidad de sancionar a los intervinientes en el delito previo por el blanqueo de los bienes que de él proceden (19).

Al respecto cabe señalar que el artículo 6 apartado 2 epígrafe b) del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, firmado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 (BOE de 21 de octubre de 1998), permite a los Estados miembros regular expresamente que los delitos de blanqueo «no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal», lo que da a entender claramente que si no se hace salvedad expresa quedan incluidos en el ámbito de sujetos activos, lo que sería la regla general (20).

A todo ello se añade que el principio general que afirma la impunidad del autoencubrimiento establece, como hemos visto, la excepción de que se cometa un nuevo delito, que es precisamente lo que sucede cuando se blanquean los bienes procedentes de la comisión de un delito, ya que en este supuesto se está cometiendo un nuevo delito que es objeto de incriminación expresa por el legislador (21).

multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

(18) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 171.

(19) Cfr. en este sentido BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 501 ss., quien afirma que «en efecto, este puede ser un fuerte indicio de que el legislador, en cierta medida, deja abierta la posibilidad de sancionar a los intervinientes en el delito previo por el posterior blanqueo», si bien con cierta reticencia por cuanto se refiere al Derecho positivo español ya que, como hemos visto, es partidario de entender que en la actualidad no es posible sancionar al interviniente en el delito previo por el blanqueo realizado en un momento posterior; MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., pp. 548-549; o VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios, II*, cit., pp. 1462-1463.

(20) En este sentido vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 174, citando a VOGEL, J., *Geldwäsche- ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?*, ZStW 1997, p. 339.

(21) En este sentido, cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 171-172; CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales*, cit.,

Cierto es que puede reprocharse a la postura aquí adoptada que lleva a una penalidad excesiva en casos de escasa importancia, en particular una vez que ha desaparecido la exigencia de que el delito previo sea «grave», pero ha de tenerse en cuenta que no puede afirmarse sin más que el aprovechamiento o la ocultación de los bienes procedentes de la comisión del delito previo integre materialmente la fase de agotamiento de ese delito. Supone el simple agotamiento la conducta consistente en el mero disfrute del beneficio ilícitamente obtenido o su transformación en bienes de consumo que aprovecha directamente el interviniente en el delito previo, pues en estos casos no se dificulta su detección por la Administración de Justicia. En cambio, se aplicará un concurso real entre el delito previo y el de blanqueo cuando ese beneficio sirve de base para una actividad comercial o de inversión. «Así pues, la compra de un coche deportivo para su disfrute por el narcotraficante no es un acto de blanqueo, mientras que si ese mismo auto se adquiere para ser vendido en el extranjero, y de este modo justificar así un aumento patrimonial que en realidad tiene su origen en su actividad ilícita, estaríamos ante un ejemplo de blanqueo» (22).

No cabe utilizar los mismos argumentos sea respecto de la posibilidad de que el sujeto activo del delito previo pueda ser sancionado por el núm. 2 del artículo 301 CP, sea respecto de las relaciones que se establecen entre los núms. 1 y 2 del artículo 301 CP. En el primer caso, la exigencia típica de que la conducta se dirija a «ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos» (contenida en el núm. 2) obliga a excluir del ámbito de posibles sujetos activos del núm. 2 a quienes intervinieron en el delito previo (23), que en este caso es un delito de blanqueo, lo que se justifica por lo que diremos a continuación. En el segundo caso nos encontramos con que el ataque al bien jurídico protegido comprende varias fases que se sancionan en diferentes números. Si se considera, como aquí

pp. 134-137; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 240 ss. Vid. no obstante PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 383-385, quien entiende que en los casos que nos ocupan «aun cuando naturalísticamente debe hablarse de actos distintos aunque conectados, desde un punto de vista jurídico-penal de ofensa para un bien jurídico no puede sino mantenerse la existencia de una unidad de acto, de un único supuesto fáctico» (p. 385).

(22) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 177.

(23) Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 405; o MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 395.

hacemos, que la conducta descrita en el núm. 2 constituye un encubrimiento específico de la previa adquisición, conversión o transmisión del bien (24), no queda sino afirmar que cuando ambas actividades sean realizadas por el mismo sujeto la primera de ellas no recibe una sanción autónoma (25).

El núm. 2 del artículo 301 CP sanciona con las mismas penas previstas para el núm. 1 a quienes oculten o encubran la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, siempre que se conozca que proceden de la comisión de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos (26).

Por lo que se refiere al objeto material del artículo 301.2 CP, está constituido por los bienes que proceden de un delito de blanqueo o de un acto de participación en él, ya que la conducta típica consiste en ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, propiedad, movimiento o derechos sobre los bienes que, teniendo su origen en un delito, han sido ya transformados o sustituidos.

Las modalidades de conducta son ocultar y encubrir, es decir, esconder o camuflar determinadas características que pueden permitir la identificación del bien en cuestión: la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos (27). De esta forma, si con el primer párrafo del artículo 301.1 CP se pretende reprimir la mera realización de actividades (adquirir, convertir, transmitir bienes o realizar cualquier otro acto) tendentes a un resultado (para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus

(24) Como señalan, entre otros, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 21; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 102-107 y 113; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios, II*, cit., pp. 1465-1466.

(25) Cfr. PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 687-688, quien aplica la regla de la consunción a favor del art. 301.2 CP. Por su parte, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 406-407, y VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 113, entienden aplicable la regla de la consunción (art. 8.3 CP), a favor del art. 301.1 CP.

(26) Su antecedente directo es el núm. 2 del art. 344 *bis h*) del derogado Código Penal de 1944/1973.

(27) Ampliamente, *vid.* BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 316 ss.; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., pp. 395 ss.

actos), en el artículo 301.2 se sanciona la obtención de ese resultado, ocultar o encubrir, por parte del blanqueador (28). Frente a quienes afirman que se trata de una modalidad de la receptación (29) o del encubrimiento (30), considero preferible afirmar que estamos, como he tenido ocasión de avanzar, ante la tipificación expresa de la segunda fase del proceso del blanqueo de bienes, fase en la que se encubre u oculta la previa transformación o sustitución de los bienes ilícitamente obtenidos.

Por otro lado, no es de aplicación a los delitos de receptación y figuras afines la causa personal de exclusión de la pena entre parientes por los delitos patrimoniales cometidos entre sí sin violencia ni intimidación prevista en el artículo 268 CP (31), dentro del capítulo X, «Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», del título XIII, aplicable únicamente a los delitos patrimoniales contenidos en los preceptos anteriores y en ningún caso a los socioeconómicos y patrimoniales que se puedan recoger en los siguientes.

Se afirma mayoritariamente que el fundamento de esta causa personal de exclusión de la pena reside «en la conveniencia de no llevar al proceso y Derecho penal conflictos acaecidos en el íntimo ámbito de la familia, pues la intervención del sistema represivo estatal no serviría más que para complicar la posible solución del conflicto y añadir otro: la comparecencia de la familia en el proceso» (32). Este fundamento, aceptable cuando se habla de delitos

(28) Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *ADPCP* 1993 II, p. 606, en relación con el art. 344 *bis h*) CP 1944/1973.

(29) Como Díez RIPOLLÉS, J. L., *El blanqueo de capitales*, cit., pp. 174-175, en relación con el apartado segundo del derogado artículo 344 *bis h*).

(30) Como BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 314-315; ROMERAL MORALEDA, A./GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico y consumo de drogas*, cit., pp. 218-219; o SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*, *CPC*, núm. 58, 1996, p. 134.

(31) Ya se sostenía así antes de la vigencia del Código Penal de 1995. *Vid.*, entre otros, *vid.* CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen segundo*, cit., p. 986. Cierto es que para BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1973, p. 127, «la exclusión del delito de receptación del ámbito de la excusa y la inclusión del delito sobre el que el receptor opera conduce a resultados totalmente injustos...».

(32) QUINTERO OLIVARES en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 750. Ampliamente, *vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, cit., pp. 101 ss.;

que tutelan el patrimonio individual, no sería extrapolable al delito de blanqueo de bienes, en el que se tutelan bienes jurídicos no reconducibles al patrimonio individual que no pueden ceder ante consideraciones de este calibre.

Pero ¿qué pasa cuando el blanqueo de bienes es realizado por parientes, cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad a los intervinientes en el delito previo? Piénsese en la frecuencia con que se utilizan cuentas bancarias de parientes cercanos o del cónyuge para el blanqueo, por ejemplo. Precisamente la observación de que en la práctica los traficantes de drogas utilizan habitualmente a su cónyuge o parientes para blanquear el dinero e impedir el conocimiento de la verdadera titularidad de los bienes justifica que, desde un punto de vista político-criminal, se considere desaconsejable que la causa personal de exclusión de la pena aplicable a algunos supuestos de encubrimiento entre parientes se extienda al blanqueo de bienes (33). A esta razón político-criminal puede añadirse, además, que la causa personal de exclusión de la pena contenida en el artículo 454 CP, basada en la inexigibilidad de otra conducta (34), no despliega sus efectos exoneradores de la responsabilidad penal cuando el encubridor auxilia a su pariente para que se beneficie del provecho, producto o precio del delito (art. 451.1 CP), ni se extiende al delito de receptación, por lo que con mayor razón todavía se ha de negar que tenga aplicación en el delito de blanqueo (35).

GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 111 ss., quien, después de afirmar que el encubrimiento entre parientes es una causa de inculpabilidad, sostiene que en la exención de pena entre parientes por la comisión de delitos patrimoniales sin violencia ni intimidación «se estima que la instancia de control social representada por la familia tiene suficientes instrumentos para afrontar el conflicto surgido en su seno. Esta fundamentación resulta ajena a los criterios tradicionales a partir de los cuales se construye lo injusto culpable» (p. 120). En este sentido, *vid.* también PÉREZ MANZANO en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 343.

(33) Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 495; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, cit., p. 333; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 511-512; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., p. 628, llega a hablar de que la cláusula podría convertirse «en un factor criminógeno de primera magnitud».

(34) Cfr. FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 186 ss.

(35) Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 495-498; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 625 ss.

De hecho, la jurisprudencia no la está aplicando. *Vid.* por ej. la STS de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2003\2224), que castiga por blanqueo a la hija de los autores del delito previo de tráfico de drogas, o la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2004\1843), que también sanciona por blanqueo a los cuñados de los autores del delito previo de tráfico de drogas. En otro caso de blanqueo la excluye expresamente, señalando que «nunca podría aplicarse la exención de responsabilidad del artículo 454, pues, en todo caso, el encubrimiento del artículo 451 lo sería de su núm. 1º –auxilio al autor para que se beneficiara del producto de su delito–, expresamente excluido de la mencionada exención en el propio texto del artículo 454», el fundamento jurídico sexto de la STS de 19 de febrero de 2002 (Ar. 3721).

Sin embargo, algún autor aboga por una interpretación extensiva favorable al reo de esta causa personal de exclusión de la pena (36). A mi juicio se trata de una interpretación analógica (37), más que extensiva, lo que obliga a plantearse la posibilidad de utilizar la analogía *in bonam partem* cuando no existe un precepto legal que la autorice expresamente (38), sea con relación a una causa de levantamiento de la pena (39), sea con relación a una causa de exclusión de la pena, que es el aspecto que me va a ocupar.

En el Derecho penal, como en las otras ramas del Derecho, la interpretación consiste en la operación de buscar el sentido de los

(36) Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 134-135.

(37) Así lo reconocía la doctrina anterior al Código Penal de 1995 cuando proponía la aplicación de la causa personal de exclusión de la pena por el parentesco en los delitos contra el patrimonio a la receptación. Por ej., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, E., *Encubrimiento y receptación*, cit., p. 211, sostenía que quizá pudiera defenderse la impunidad de la receptación entre parientes con una interpretación analógica de la excusa absolutoria, por ej. para evitar que en un supuesto en que el autor de un hecho queda exento de pena de acuerdo con ella, su hermano, si se aprovecha de los efectos procedentes de ese delito, deba responder por receptación. Aceptaba esa aplicación analógica MARTOS NÚÑEZ, J. A., *El delito de receptación*, cit., pp. 271-280.

(38) El artículo 21.6 CP recoge la única autorización expresa para el empleo de la analogía *in bonam partem*. Sobre la polémica en torno a la admisión o no de la analogía *in bonam partem vid.* FARALDO CABANA, P., «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña* núm. 1, 1997, pp. 237 a 257.

(39) Tema del que me he ocupado en FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 199 ss.

preceptos jurídico-penales, para lo cual el intérprete se sirve de los criterios generales de interpretación elaborados en el marco de la teoría general del Derecho. Cuando se trata de fundamentar o agravar la responsabilidad penal está prohibido ir más allá de el sentido literal posible del texto y recurrir a la analogía *in malam partem* para colmar lagunas legales (40), prohibición que se fundamenta en la vigencia del principio de legalidad. Ahora bien, cuando se trata de limitar o eximir de responsabilidad penal se plantea la cuestión de si está permitido o no acudir a la analogía. De acuerdo con un destacado sector doctrinal la analogía favorable al reo no sobrepasa el límite de garantía que representa el tenor literal de la ley, puesto que «dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio» (41).

Por mi parte, considero que no es aceptable una aplicación analógica de las causas de exclusión de la pena a delitos que no las prevén expresamente. El artículo 4.1 CP señala que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», sin distinguir si en el supuesto concreto se pretende favorecer o no al reo. El núm. 3 establece, además, que el Juez o Tribunal «acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendi-

(40) En torno a las diferencias entre interpretación extensiva y analogía, vid. por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E., «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho Penal», *Anuario de Derechos Humanos* núm. 2, 1982, pp. 19 ss.; COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J., «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 201 ss.

(41) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed. Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 124-125, nm.42. En el mismo sentido, vid. LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996, p. 137. Afirma BACIGALUPO ZAPATER, E., «La “rigurosa aplicación de la ley”», *ADPCP* 1995, p. 856, que «la analogía *in bonam partem* así como la creación de causas supraleales de exclusión de la punibilidad, basadas en principios generales del orden jurídico, por consiguiente, *no vulneran nunca el principio de legalidad*» (cursivas en el original).

dos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo». De este inciso se infiere, a mi juicio, la prohibición de analogía *in bonam partem* (42). No me parece aceptable la propuesta de Gracia (43), en el sentido de entender que «la mención expresa de la alternativa de petición de indulto se ha introducido en el artículo 4.3 CP como remedio para los casos en que, estimando el Juez o Tribunal que la acción u omisión no debieran ser penadas, no hayan podido excluir la punibilidad ya antes ni siquiera mediante la aplicación de una eximente por analogía por no haber « semejanza e identidad de razón » en el suceso enjuiciado con respecto al supuesto de hecho de laguna de las eximentes reguladas expresamente en el Código y no ser procedente, por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, la aplicación analógica de la ley ». Para rechazar esta interpretación no son decisivos los argumentos basados en la seguridad jurídica, puesto que imponer penas menos graves o eximir completamente de pena al reo no parece atentar contra dicho principio, aunque el tema es discutible. Sin embargo, sí son atendibles consideraciones « dimanantes del principio de división de poderes que, en materia tan importante como la penal, requiere una delimitación muy precisa » (44). En efecto, el Juez o Tribunal se arroga funciones propias del legislador cuando decide aplicar una causa de levantamiento de la pena a un supuesto para el que no está expresamente prevista, incumpliendo las exigencias de taxatividad y reserva de ley y vulnerando, por tanto, el principio de legalidad, que informa tanto la legislación penal favorable al reo como aquella que es desfavorable para él (45). A ello se añade que cuando el legislador ha conside-

(42) Ya extraía esta conclusión a partir del precepto correspondiente del Código Penal de 1944/73 Córdoba en CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 59-60. Vid. también CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 173, quien admite la analogía *in bonam partem* únicamente cuando esté autorizada expresamente, como ocurre en el art. 21.6 CP, pese a afirmar que esta regulación constituye un grave error del legislador, ya que la posibilidad de aplicar eximentes por analogía « no es contrario al principio de legalidad »; del mismo autor, « La regulación del *iter criminis* », cit., pp. 16-17.

(43) GRACIA MARTÍN, L., « El *iter criminis* en el Código Penal español de 1995 », en AA.VV., *El nuevo sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, CDJ XXVII, 1997, p. 268.

(44) Por todos, Vives en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios*, I, cit., p. 58.

(45) En este sentido, vid. COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, cit., pp. 202-203. En efecto, el principio de legalidad es la concreción política de la idea democrática del Derecho según la cual la legislación corresponde al pueblo, de forma que la creación analógica del Derecho

rado oportuno autorizar la aplicación analógica lo ha hecho expresamente (46).

En mi opinión la analogía, sea favorable o no al reo, está prohibida porque no constituye una técnica interpretativa, sino que supone la creación de nuevo derecho por parte del Juez o Tribunal (47), por lo que vulnera el principio de legalidad. De hecho, hasta el momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido negando la posibilidad de utilizar la analogía en la aplicación de las normas penales, tanto adversas como favorables al reo, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley. «Con particular rigor se ha excluido la posibilidad de aplicación analógica de los *preceptos favorables*. Sin embargo, la prohibición de la analogía *in malam partem* no ha sido siempre cumplida con la misma escrupulosidad» (48).

3. LOS TIPOS CUALIFICADOS POR PERTENENCIA A O DIRECCIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN DEDICADA AL BLANQUEO DE BIENES DEL ARTÍCULO 302 CP

Como cabe observar, se imponen las penas privativas de libertad (49) del artículo anterior, según proceda, en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada al blanqueo, mientras que se aplica la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones, previéndose además

por parte del Juez o Tribunal sólo es legítima donde el titular del Poder Legislativo expresamente la permite.

(46) En este sentido conviene recordar que el art. 4.1 CP, que prohíbe la analogía, reproduce el inciso primero del art. 4 del Proyecto de Código Penal de 1980 y de la Propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, pero no ha recogido el inciso segundo de los mismos artículos, que aclaraban expresamente la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* al añadir que, «no obstante, podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo».

(47) En este sentido, *vid.* QUINTERO/MORALES en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 4ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 61-62. Respecto del blanqueo, *vid.* PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 627 ss.

(48) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 153.

(49) En mi opinión está claro que sólo se agrava la pena privativa de libertad, no la multa ni la inhabilitación especial. En este sentido *vid.* también ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 322; PALOMO DEL ARCO, A., *Receptación y figuras afines*, cit., p. 456.

la imposición obligatoria de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria y del comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, dejándose al arbitrio del Juez o Tribunal, por último, la aplicación de consecuencias accesorias contra la organización y la imposición de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

Este tipo cualificado tiene su origen en el apartado quinto del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (50).

La introducción de este precepto pretende ser un instrumento eficaz de lucha contra la delincuencia organizada para el blanqueo de bienes, pues no cabe duda de la importancia que en este sector de la criminalidad tienen las organizaciones, sean lícitas o ilícitas, siendo muy raro en la práctica que las conductas delictivas sean llevadas a cabo por una sola persona física (51).

En relación con el tipo cualificado de contenido similar previsto en los delitos de tráfico de drogas la doctrina ha señalado la dificultad de prueba que entraña no ya el hecho de la pertenencia del culpable a la organización, sino que además desempeña en su seno alguno de los cargos que se mencionan. Sin negar que efectivamente pueden darse problemas de prueba, es necesario poner de relieve que éstos serán de menor entidad que los planteados en el ámbito del narcotráfico, ya que para el blanqueo se utilizarán preferentemente sociedades mercantiles constituidas legalmente, debiendo constar en el Registro Mercantil, como mínimo, la identidad de los administradores. Ciertamente es que saber quién es el empresario oculto que mueve los hilos a través de sus testaferros puede

(50) Que establece que «las Partes dispondrán lo necesario para que sus Tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como: a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte».

(51) Critica la técnica utilizada, no la punición agravada de la conducta, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 318-319.

ser bastante más complicado, pero en cualquier caso presentará menos dificultades que en el narcotráfico.

¿De qué tipo de organización se habla? Parece que ha de presentar un mínimo de permanencia en el tiempo y una estructura jerarquizada (52). La primera característica se deriva del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del tráfico de drogas, aquí no se alude a organizaciones o asociaciones incluso de carácter transitorio o que se dediquen al blanqueo aun de modo ocasional, como hace el artículo 369.1.1º CP en relación con el narcotráfico (53). La segunda característica es consecuencia de la diferente penalidad que se establece para los meros integrantes de la organización y para los jefes, administradores o encargados, que presupone una estructura jerárquica en la que unos sujetos mandan mientras los demás ejecutan sus órdenes.

La organización ha de estar «dedicada a los fines señalados» en el artículo 301 CP, lo que obliga a plantear si se incluyen o no en el ámbito de aplicación de esta agravación las asociaciones, sociedades, empresas u organizaciones dedicadas a otros fines ilícitos además del blanqueo. Piénsese en una organización que se ocupa de todo el ciclo del tráfico de drogas. A mi juicio esa finalidad no debe entenderse como la única a que puede estar dedicada la organización para aplicar el subtipo agravado, pues supondría una restricción injustificada de su ámbito de aplicación, debido a que raras veces se encuentran casos de dedicación exclusiva a una concreta actividad ilícita. Es suficiente que entre otros fines lícitos o ilícitos la organización se dedique a alguno de los citados (54), aunque sólo sea ocasionalmente.

(52) Cfr. por todos QUINTERO OLIVARES en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit. p. 934. Habla de permanencia y estructura organizada (no jerarquizada), entre otros, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., p. 24.

(53) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 406-407; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., pp. 24-25; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 272. En torno al concepto de organización en los delitos de tráfico de drogas, vid. ampliamente JOSHI JUBERT, U., *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal supremo*, ADPCP II, 1995, *pássim*.

(54) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 321; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Voz «Blanqueo de bienes», en D.-M. Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, cit., pp. 216-217; SUÁREZ GONZÁLEZ en Bajo Fernández, M. (dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 569; ZARAGOZA AGUADO, J., *Tratamiento penal*, cit., p. 82. En contra, vid. por todos GIL DE LA FUENTE, J., *La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales*, *La Ley Penal* núm. 20, año II, octubre 2005,

Un problema distinto plantean las organizaciones dedicadas a fines lícitos en las que, de manera excepcional y aislada, alguno de sus miembros o directivos interviene en una conducta de blanqueo. Con un sector doctrinal soy partidaria de excluir este supuesto del ámbito de aplicación del subtipo cualificado (55), con base tanto en el tenor literal como en que no se justifica la aplicación de este subtipo cualificado (56), que incluye la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias contra la organización, cuando la estructura asociativa no está predispuesta a la comisión del delito de blanqueo.

La pertenencia del culpable a la organización debe ser acreditada en el proceso penal, no siendo suficiente comprobar que existe una organización que ha sido utilizada por un sujeto para realizar los actos de blanqueo (57).

Por jefe se entiende la persona que manda en la organización como cabeza principal (58). El concepto de administrador es propio del Derecho mercantil y allí debemos determinar su amplitud. Piénsese que por regla general las organizaciones adoptarán la forma de persona jurídica de tipo societario, tanto por la limitación de la responsabilidad como por la opacidad que suponen frente a las investigaciones que se realicen en torno a la identidad de los verdaderos titulares. Así pues, administrador es el miembro del órgano de administración o la persona que ostenta las facultades de represen-

p. 36; JORDANA DE C. POZAS en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997, p. 3090. Considera que en este ámbito de naturaleza económica, «en el que existirán empresas dedicadas a fines lícitos que aprovechan su infraestructura para “blanquear” bienes... será más difícil -aunque tal vez no imposible- caracterizar como organizaciones *dedicadas* al “blanqueo” de bienes», FERRÉ OLIVÉ, J. C., «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», cit., p. 90.

(55) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 321; JORDANA DE POZAS en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código Penal*, cit., p. 3090; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 403.

(56) Ahora bien, el hecho de que las consecuencias accesorias sean de aplicación potestativa y no obligatoria para el Juez o Tribunal podría explicarse por el hecho de que es posible que la organización sólo se haya dedicado ocasionalmente al blanqueo, ya que si sólo se castigaran los casos en que la organización se hubiera constituido exclusivamente para este fin, o lo compartiera con otros fines lícitos, lo lógico sería que hubiera que imponer en todo caso alguna consecuencia accesoria.

(57) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 407; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, cit., p. 342; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 517.

(58) Ampliamente, *vid.* CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 273 ss.

tación y gestión de la sociedad. «Encargado» es un término muy amplio, no técnico, bajo el cual deben comprenderse todas aquellas personas que, no siendo jefes ni administradores, asumen funciones directivas a cualquier nivel en la organización (59). Pensemos en el director general de la sociedad mercantil que se utiliza para blanquear, o en el gerente de un establecimiento mercantil empleado para el mismo fin.

Como apuntan Moreno Cánoves/Ruiz Marco (60), basándose en que se trata de elementos normativos en los que prepondera una valoración social, «el *nomen iuris* no agota, con toda evidencia, la tipología de sujetos incardinables...» por lo que «hay que incluir en el grupo conminado con la pena superior en grado a sujetos tales como el máximo responsable de la banda, sus “lugartenientes”, los “patriarcas de clanes”, “capos” y, en general, cualquier elemento de la organización con facultades para decidir en ella, en su comportamiento y en los miembros que la componen».

Es obligatorio para el Juez o Tribunal aplicar consecuencias accesorias contra la organización. Esta previsión es especialmente relevante en un delito como el que nos ocupa, en el que la actividad delictiva suele operar bajo cobertura legal.

Se trata de medidas que forman parte de las previstas genéricamente en el artículo 129 CP, precepto que, conviene recordar, sólo es aplicable «en los supuestos previstos» en el Código Penal, «y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales». El que estas medidas contra la organización tengan naturaleza de consecuencias accesorias supone, por una parte, negar la peligrosidad criminal de las organizaciones (en aplicación del principio «*societas delinquere non potes*», tradicional en el ordenamiento jurídico español) y, por otra, reconocer su peligrosidad instrumental, en el sentido de que pueden ser y son utilizadas como instrumento para la comisión de delitos.

Igualmente es potestativo para el órgano sentenciador aplicar la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Segu-

(59) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 324.

(60) MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 403. Vid. también DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., p. 26.

ridad Social, pena privativa de derechos introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Imperativa es, en cambio, la imposición del comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo.

4. LA AGRAVACIÓN POR LA ESPECIAL CONDICIÓN DEL AUTOR: EL ARTÍCULO 303 CP

Señala el artículo 303 CP que «si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma. A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes».

No son éstas las únicas inhabilitaciones que pueden afectar al condenado por delito de blanqueo. Tanto el artículo 2 del Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, sobre cooperativas de crédito, como el artículo 2.2 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre normas de creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, o el artículo 43 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre sociedades de garantía recíproca, entre otros, prevén una inhabilitación administrativa para ser miembro del consejo de administración aplicable a quien tenga antecedentes penales por delito de blanqueo. Por su parte, el artículo 20.a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prohíbe a los organismos públicos contratar con quienes hayan sido «condenados mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mer-

cado y a los consumidores» (61). La enumeración es suficientemente amplia, pues acoge todos los delitos patrimoniales y socioeconómicos, aunque redundante, ya que algunos específicamente mencionados, como el uso de información privilegiada y los delitos relativos al mercado y a los consumidores, ya podían comprenderse sin duda ninguna en el concepto de delitos contra el orden socioeconómico, como lo está el delito de blanqueo que nos ocupa.

En la enumeración de los sujetos a los que se aplica la agravación cabe denunciar una incongruencia que tiene su origen en la trayectoria histórico-legislativa del blanqueo de bienes, regulado hasta 1995 entre los delitos relativos al tráfico de drogas. No tiene otra explicación que el descuido del legislador el que pueda inhabilitarse a quien blanquea bienes (62) en el ejercicio de su profesión siendo facultativo, trabajador social, docente o educador (63), y sin embargo no a quien lo hace en su condición de abogado, procurador o asesor fiscal (64). Se trata de una agravación que tiene su razón de ser en relación a los

(61) Prohibición que alcanza tanto a la persona física condenada como «a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo».

(62) Entiendo que la referencia del art. 303 CP a los «artículos anteriores» debe entenderse que se hace exclusivamente a los delitos de blanqueo. En este sentido, *vid.* la exposición de los argumentos favorables a tal interpretación en CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 398-399, que la asume.

(63) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 396, quien propone limitar el precepto «a todas aquellas personas que operan en el mercado, sean empresarios, inversores, consultores, intermediarios financieros, bancarios, bursátiles, etc. o a aquellas personas que ejercen una función pública (funcionarios, autoridades y sus agentes)»; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., p. 29; QUINTERO OLIVARES en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 937, quien propone, para no caer en el absurdo, apreciar la cualificación respecto de estos sujetos sólo cuando el blanqueo tenga por objeto bienes procedentes de delitos de tráfico de drogas; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 145.

(64) En efecto, como pone de relieve el fundamento jurídico duodécimo de la STS de 19 de diciembre de 2003 (Ar. 2004/2128), «no parece un elenco de profesiones que puedan estar ordinariamente dedicadas a cometer un delito de blanqueo de capitales, dentro del ejercicio de su profesión u oficio, como reclama expresamente el precepto analizado. Y, en segundo lugar... el principio de taxatividad que requiere la interpretación de la norma penal, proscribiendo toda interpretación extensiva *in malam parte* (*sic*), impide subsumir la profesión de abogado en tal enumeración». Esta sentencia confirma la imposibilidad de incluir a los abogados

delitos relativos al tráfico de drogas, ya que estamos ante personas que, por su profesión o trabajo, son susceptibles de un mayor reproche (65).

En efecto, el artículo 372 CP contempla una agravación en este sentido dentro de los delitos contra la salud pública, si bien se diferencia del precepto que nos ocupa en que exige que la autoridad o agente actúen en el ejercicio de su cargo.

Ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina el que no se exija un efectivo abuso del cargo, profesión u oficio (66), bastando que la conducta se realice «en el ejercicio de su cargo». En mi opinión, más que incluir el abuso como elemento típico con el fin de restringir el desmesurado y absurdo ámbito de aplicación de esta agravación, es preferible hacer extensible lo previsto para la inhabilitación como pena accesoria a la inhabilitación cuando funciona como pena principal, puesto que cualquier otra interpretación daría lugar a consecuencias indeseables (67).

El artículo 56 CP, que regula la inhabilitación como pena accesoria, especifica que el empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho para cuyo ejercicio se inhabilita han de haber tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. Esta exigencia debe interpretarse como necesidad de que exista una vinculación entre la conducta realizada y la inhabilitación, «impidiéndose con ello tanto la aplicación arbitraria de la pena a supuestos en que el cargo no desempeña el rol requerido en

en el elenco que recoge el artículo objeto de comentario, anulando la SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2002, que sí los había incluido. El principio de legalidad impide esa inclusión.

(65) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 396; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia», cit., pp. 613-614; QUINTERO OLIVARES en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 1521 ss.

(66) Cfr., entre otros, CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 297-298; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 397, para la cual «ello garantizaría que los Tribunales no impongan esta pena indiscriminadamente a supuestos en los que no sea evidente la relación entre el blanqueo y el ejercicio de la actividad profesional»; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 145, quien afirma que esta omisión «puede dar lugar a indeseables consecuencias jurídicas».

(67) Asumen esta propuesta DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de bienes*, cit., p. 30; VICENTE MARTÍNEZ, R. de, «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *AP* 1997, marginales 120-121.

el tipo, cuanto la privación efectiva de derechos poco familiares al cargo ejercido» (68).

La inhabilitación se convierte en absoluta cuando los hechos han sido realizados por la autoridad o los agentes de la misma. Aquí, curiosamente, ni siquiera se exige que la conducta se realice en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, aunque hay que entender que lo que hemos señalado para los otros sujetos rige también para la autoridad o sus agentes, pues si no se hace así no se entiende el fundamento de la agravación (69).

La delimitación con la noción de funcionario público debe ser realizada a la luz del artículo 24 CP (70), cuya interpretación presenta no pocas dudas.

La aplicación de esta agravación impide que se aprecie simultáneamente la circunstancia agravante genérica de «prevalerse del carácter público que tenga el culpable» (núm. 7 del art. 22 CP), puesto que su fundamento es similar. La aplicación conjunta daría lugar a un prohibido «bis *in idem*».

(68) VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 1929-1931, en relación con el art. 372 CP.

(69) Así lo habían señalado en relación con la agravación similar que existe para los delitos de tráfico de drogas, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 75; L. F. REY HUIDOBRO, «Hechos realizados por facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, por autoridad o agente de la misma», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 433-434.

Sin embargo, entienden MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 407, que la aplicación de la agravación a las autoridades o agentes de la autoridad con independencia de si en el momento de cometer el delito estaban o no ejerciendo su función es «correcta a causa de la dificultad de deslindar cuándo dichos sujetos intervienen desnudos de *auctoritas* y cuándo lo hacen revestidos de ella, además de por razones del especial deber de cumplimiento de la Ley inherente a, y a cargo de, quienes son revestidos de poder público».

(70) Art. 24 CP: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funcionarios públicas».

5. LA TIPICIDAD DE LOS COMPORTAMIENTOS NEUTRALES, NORMALES O SOCIALMENTE ADECUADOS. ESPECIAL ALUSIÓN A LOS PROVEEDORES DE BIENES Y/O SERVICIOS: EL CASO DE LOS ABOGADOS Y ASESORES FISCALES

La amplitud de la descripción de las conductas típicas, especialmente la del núm. 1 del artículo 301 CP, permite plantearse la tipicidad de los comportamientos neutrales, normales o socialmente adecuados en relación con el delito de blanqueo de bienes. En la actualidad se debate intensamente el problema de los comportamientos neutrales, normales o socialmente adecuados en el marco de la teoría de la participación y del encubrimiento. Piénsese en los proveedores de bienes y servicios que los suministran al delincuente, por ej. en el abogado que le defiende judicialmente, en el asesor fiscal que le aconseja cómo invertir, en los empleados de banca que le atienden, en el notario que elabora las escrituras, etc.

Dadas las limitaciones de espacio no puedo abordar aquí la variedad de opiniones existente al respecto. Sirva como resumen señalar que en el marco de la teoría de la participación mayoritariamente (71) se niega la tipicidad de las acciones normales, neutrales o socialmente adecuadas con base en criterios como el de la prohibición de regreso (72), el de la solidaridad o solidarización con el

(71) Posición discrepante es la mantenida por ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», en AA.VV., *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 512-513, para quien no es posible excluir las acciones diarias de la punibilidad de la complicidad con carácter general, debiéndose distinguir entre las contribuciones realizadas con conocimiento seguro del plan delictivo del autor, es decir, con dolo directo, y aquellas en las que el sujeto cree probable la utilización de sus servicios con fines delictivos, concurriendo entonces dolo eventual. En el primer caso se puede calificar la conducta como complicidad en mayor medida que en el segundo, pues aunque se puede constituir una complicidad con dolo eventual ello es rechazable en virtud del principio de confianza.

(72) Cfr. JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, 24, 15 ss.; del mismo autor, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y «el principio de confianza»*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 216 ss.; Puppe en AA.VV., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 1995,

injusto ajeno (73), inicialmente utilizado en el ámbito del encubrimiento (74), o el de la referencia delictiva de sentido (75).

vor § 13, Rn.155 ss. *vid.* una exposición crítica de esta tesis en BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, pp. 42-53; LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana»*. *Contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»*, Comares, Granada, 2002, pp. 88 ss. En la doctrina alemana *vid.* por todos las críticas de NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW* 1995, pp. 535 ss.; OTTO, H., «Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung», *ZStW* 1994, p. 778; ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», *cit.*, p. 514; WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, C. H. Beck, München, 1996, pp. 81 ss. sobre Jakobs, y pp. 95-96 respecto de la posición de Puppe.

En España sostiene esta posición en un sentido similar aunque no plenamente coincidente con el de Jakobs, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Límites a la participación criminal: ¿existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, pp. 59 ss.

(73) Cfr. SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986, pp. 50 ss., quien utiliza el sustantivo «Solidarisierung», que ha sido traducido en ocasiones como «solidaridad» (cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Límites a la participación criminal* *cit.*, pp. 79-80, o RUEDA MARTÍN, M. A., «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Revista Penal*, núm. 9, enero 2002, p. 123) y otras como «solidarización» (cfr. CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 328, nota núm. 343), que será la que se emplee en el texto. *vid.* una exposición crítica de esta tesis en BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva*, *cit.*, pp. 53-60. En la doctrina alemana *vid.* por todos las críticas de ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», *cit.*, pp. 514-515; NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *cit.*, pp. 513 ss.; OTTO, H., «Beihilfe des Bankangestellten», *cit.*, pp. 778-779; WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, *cit.*, pp. 73 ss.

(74) Cfr. LENCKNER, T., «Zum Tatbestand der Strafreitelung», en STREE, W. u. A. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, C. H. Beck, München, 1978, p. 356.

(75) Cfr. FRISCH, W., *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg, 1988, pp. 284 ss.; MEYER ARNDT, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *Wistra* 1989, pp. 281 ss. *vid.* una exposición crítica de la tesis de estos autores en BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva*, *cit.*, pp. 62-69; LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La complicidad delictiva*, *cit.*, pp. 88 ss. En la doctrina alemana *vid.* por todos las críticas NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *cit.*, pp. 516 y 542, y WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, *cit.*, pp. 75 ss.

En España acoge esta tesis, si bien con base en ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», *cit.*, p. 513, quien también alude a la referencia de sentido, aunque de forma diferente a FRISCH, GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelincuencia: la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación*, Comares, Granada, 1998, pp. 428 ss.

A mi juicio ha de interpretarse el tipo de manera que no admita la subsunción de los negocios neutrales, normales o socialmente adecuados ya que, a pesar de las ventajas que aparentemente supone aislar económicamente al delincuente (76), pesan más las desventajas derivadas de una incriminación tan amplia (77).

Uno de los criterios que se han manejado para solucionar esta cuestión es considerar que los negocios diarios susceptibles de ser utilizados para el blanqueo de bienes se mueven dentro de lo socialmente adecuado (78), por lo que son atípicos.

La adecuación social puede operar como causa de exclusión del tipo indiciario cuando la conducta aparentemente subsumible en un tipo legal se considera socialmente correcta o adecuada, pues entonces realmente la perturbación del bien jurídico no es jurídico-penalmente relevante, por lo que no supone un indicio de antijuridicidad (79); o como causa de exclusión de la tipicidad penal o del

(76) Resaltadas por la doctrina alemana. *vid.* por todos BOTTKE, W., «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2)», *Wistra* 1995, p. 122. Sobre la inclusión en el ámbito del blanqueo de los negocios dirigidos a satisfacer necesidades básicas y de los negocios de bagatela, *vid.* BARTON, S., «Soziale übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (parágrafo 261 StGB)», *StV* 1993, pp. 161-162; KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, Bank-Verlag, Wien, 1994, pp. 98-99; KÖRNER, H./DACH, E., *Geldwäsche: ein Leitfaden zum geltenden Recht*, C. H. Beck, München, 1994, p. 24.

(77) Apuntadas, entre otros, por BARTON, S., «Sozial übliche Geschäftstätigkeit», *cit.*, p. 163; BOTTKE, W., «Geldwäsche (Teil 2)», *cit.*, p. 122; LAMPE, E.-J., «Geldwäsche», *cit.*, p. 128, y que hace suyas BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados», *cit.*, pp. 290-291.

(78) *Vid.* entre otros PHILIPOWSKI, R., «Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften», en KOHLMANN, G. (Hrsg.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Schmidt, Köln, 1983, pp. 142 ss.

(79) Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en D.-M. Luzón Peña/S. Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 22-23. Más adelante puntualiza el autor que «el que concurra una causa de justificación no excluye que al mismo tiempo, dado el carácter totalmente normal o socialmente usual y admitido del hecho, pueda estimarse que está excluido también el tipo indiciario», lo que en el tema que nos ocupa «explicaría las vacilaciones de Welzel, introductor de la figura de la adecuación social, sobre su carácter de causa de atipicidad o de justificación» (p. 24). Del mismo autor, *Curso*, *cit.*, pp. 561-562. *vid.* también MIR PUIG, S., *Parte General*, *cit.*, p. 518, nm. 49, para quien «las actividades socialmente adecuadas *no realizan ningún tipo* por razón de su escasa gravedad. Ciertamente algunos de los comportamientos socialmente adecuados no lo son tanto por su escasa peligrosidad o dañosidad material, como por la valoración social del contexto en que se producen, pero ello basta para una concepción que entienda las acciones en su significado social» (cursivas en el original). *Vid.* sin embargo la crí-

injusto penal cuando el examen de las normas jurídicas lleva a la conclusión de que pese a la adecuación social la conducta no es considerada jurídicamente adecuada por alguna norma extrapenal, por lo que es mínimamente relevante desde un punto de vista jurídico, si bien ya no penalmente típica (80). También la tolerancia social de ciertas conductas en los casos concretos en que la acción podría encajar en un tipo legal pero se considera socialmente tolerable, aunque no correcta, constituye para Luzón una causa de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal (81).

Ahora bien, se entiende mayoritariamente que este criterio resulta demasiado indeterminado en su aplicación al delito de blanqueo (82). Y es que esta figura delictiva puede cometerse perfectamente en el ejercicio de actividades inicialmente lícitas, piénsese en el abogado que actúa como mandatario en la constitución de una sociedad mercantil o que recibe el encargo de realizar una serie de adquisiciones

tica de MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 255-256, quienes afirman que «no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad. Lo que la adecuación social puede ser es un criterio que permita, en algunos casos, una *interpretación restrictiva* de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Pero ésta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad. Por ello, debe rechazarse el criterio de la adecuación social como causa de exclusión del tipo aunque mantenga toda su vigencia como criterio de interpretación y crítica del Derecho penal vigente».

(80) Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit., p. 30; del mismo autor, *Curso*, cit., p. 567. En el marco más amplio del riesgo permitido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 137, hace también referencia a que existe un «límite máximo de riesgo permitido a efectos estrictamente penales (que delimitaría el riesgo penalmente atípico) y, por otra parte, otro límite máximo inferior a aquél, que poseería la función de poder deslindar, a su vez el riesgo totalmente lícito, del riesgo antijurídico no penal. En otras palabras, además de conductas peligrosas en el sector socioeconómico que sean lícitas con carácter general, podrán existir otras que, sin llegar a ser consideradas penalmente típicas, podrán ser merecedoras de sanciones civiles o administrativas».

(81) Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit., pp. 29-30; del mismo autor, *Curso*, cit., pp. 566-567.

(82) Cfr. entre otros BARTON, S., «Soziale übliche Geschäftstätigkeit», cit., p. 158; BERNSMANN, K., «Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche-Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund», *StV* 1/2000, p. 42; FLATTEN, T., *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1996, pp. 125-126; KNORZ, J., *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1996, p. 169; LÖWE-KRAHL, O., *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Boorberg, Stuttgart-München-Hannover, 1990, p. 26.

para su cliente (83) por lo que se hace necesario buscar la respuesta a por qué se prohíben conductas aparentemente normales en otro lugar sistemático.

Otras propuestas doctrinales que optan por excluir el castigo de las actividades negociales cotidianas con base en el principio de insignificancia y en la ausencia de afectación al bien jurídico protegido cuando el objeto material no tiene una cuantía relevante, y con base en la escasa eficacia de la prohibición de la acción cuando el montante económico ya es importante, en este último caso siempre que el legislador no haya prohibido expresamente el establecimiento de relaciones mercantiles, incluso cotidianas, a determinados sujetos que por su posición en el mercado deben colaborar en la persecución del blanqueo (84), aunque pueden resultar útiles en supuestos extremos, en general también me parecen rechazables por su indeterminación (85).

(83) La disposición adicional 1ª de la Ley 19/2003, de 4 de julio, de transposición de la segunda Directiva sobre blanqueo de capitales, da nueva redacción al art. 2 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales, e incluye el deber de notarios, abogados y procuradores de denunciar cuando: «1º. participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (*trust*), sociedades o estructuras análogas; o 2º., actúen en nombre y por cuenta de clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria». Esta enumeración permite concretar el conjunto de actividades originariamente lícitas cuya ejecución, sin embargo, puede suponer intervención en un delito de blanqueo.

(84) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 247-250. *vid.* en un sentido similar SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Algunas cuestiones relativas a la regulación penal del blanqueo de capitales», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen II*, Institut de Criminologia, Valencia, 1997, pp. 779-781.

(85) Para garantizar la seguridad jurídica se ha dicho que en tal caso convendría introducir un límite cuantitativo por debajo del cual la conducta sería atípica. Así BARTON, S., «Soziale übliche Geschäftstätigkeit», cit., p. 162; KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., pp. 98-99, donde se expone la situación en Austria, donde el abogado defensor es considerado un blanqueador si recibe unos honorarios superiores a determinada cantidad y además obra con conocimiento (*dolo directo*). Sin embargo, en relación con el establecimiento de límites cuantitativos señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 142, que «dicha técnica comporta una decisión político-criminal discutible, que, por ello mismo, puede ser censurada; y, de hecho, ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina especializada, la cual ha subrayado que se trata de una técnica de tipificación antigua, abandonada en las

En mi opinión, en el ámbito del concreto delito que nos ocupa (por tanto, sin ánimo de extrapolar esta solución a otras figuras delictivas o a la teoría de la participación) hay que determinar en primer lugar si estamos, en efecto, ante una conducta neutral en el aspecto objetivo. En numerosos casos ya es posible excluir la tipicidad de la conducta al no concurrir el tipo objetivo.

Así, no se puede entender con carácter general que la actividad profesional del abogado o del procurador esté dirigida a «ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos», no sólo porque parece razonable entender que los actos dirigidos a la finalidad de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias legales de sus actos han de recaer sobre los bienes de origen delictivo (86), sino también porque «eludir» debe entenderse en este contexto como evitar algo por medios antijurídicos, so pena de ampliar el ámbito de lo injusto más allá de todo límite razonable (87). Una interpretación que entendiera que la actividad profesional del abogado defensor o del procurador consiste en asesorar a su cliente en el ámbito procesal o extraprocesal colisionaría «frontalmente con derechos fundamentales del delincuente, v. gr., el de defensa del artículo 24 de la CE, y con deberes que el propio ordenamiento impone para determinadas personas, cual ocurre con los Abogados (*vid.*, por ejemplo, art. 467.2 CP y arts. 262, 263, 416.2 LECrim)» (88), por no citar el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el que se reconoce a todo acusado la facultad de «ser asistido por un defensor de su elección» (89). Téngase en cuenta, ade-

descripciones típicas de otros Ordenamientos», y ello sin entrar en el problema de la naturaleza jurídica. También señala que «resulta muy difícil determinar a partir de qué cuantía debe una conducta considerarse escasamente significativa» RAGUÉS I VALLÈS, R., «Lavado de activos y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado», en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 625.

(86) Cfr. BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», *ADPCP*, tomo L, 1997, p. 286; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 445-446.

(87) Cfr. MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 390, que indican la necesidad de una interpretación restrictiva y «peyorativa» de este verbo, entendiéndolo como «evitar algo con astucia o maña».

(88) MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 390.

(89) *Vid.* por todos CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 271-272.

más, que en la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, transpuesta al Derecho español por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales («BOE» de 5 de julio), se señala que quedan dispensados de la obligación de notificar la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente, los miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico, como los abogados y notarios, así como los auditores, contables externos y asesores fiscales, entre otros (90).

Una vez que se parte de esa neutralidad respecto del tipo objetivo la solución se encuentra en el tipo subjetivo (91), en particular en el momento de determinar si concurren o no los elementos subjetivos del injusto. El delito de blanqueo exige, como todas las demás modalidades delictivas contenidas en el Capítulo XIV del Título XIII, que el sujeto activo realice la conducta típica sobre los bienes «sabiendo que éstos tienen su origen en un delito» (art. 301.1 CP), o «a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos» (art. 301.2 CP).

Este elemento subjetivo (92) introduce así un requisito que se suma a la necesidad de comprobar la presencia del elemento inte-

(90) Sobre los problemas que plantea el secreto profesional en relación con el delito de blanqueo de bienes y con la obligación de comunicar las sospechas, *vid.* ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Ensayos de actualidad de Escritura Pública, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, pp. 20 ss.

(91) Acuden también al tipo subjetivo FORTHAUSER, R., *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, VVF, München, 1992, pp. 78 ss., en la doctrina alemana; KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., p. 96, en la doctrina austríaca; o PILZ, K., *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Peter Lang, Frankfurt, 2001, p. 188.

Utiliza para la valoración del comportamiento en el ámbito de la participación el dato subjetivo relativo al conocimiento de una serie de circunstancias, entre otros, RUEDA MARTÍN, M. A., «Consideraciones», cit., p. 127.

(92) Adopto el concepto de elemento subjetivo del injusto que han elaborado COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Parte General*, cit., pp. 367 ss. Con ello tomo posición en la polémica desatada en torno a la naturaleza jurídica del cono-

lectual del dolo, siendo suficiente con un conocimiento no pormenorizado del ilícito penal del que proceden los bienes que se blanquean, que se corresponde con la «valoración paralela en la esfera del profano» (93).

El momento en que se debe dar este conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes es el del inicio o el del transcurso de la ejecución de la conducta típica del delito de blanqueo, de manera que un dolo *subsequens*, posterior a la consumación del blanqueo, no convierte la conducta en delictiva (94). No deja de resultar curioso que en tal supuesto no se establezca un deber de denunciar el delito del que se ha tenido noticia después de realizar las conductas típicas del blanqueo, permitiendo así que el cri-

cimiento de la comisión del delito previo como integrante del dolo o como elemento subjetivo del injusto, prescindiendo de ulteriores explicaciones. Sobre esta polémica, ampliamente, PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en A. Martínez Arrieta (dir.), *El encubrimiento*, cit., pp. 223 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 115 ss. A favor de su consideración como elemento integrante del dolo se decanta la doctrina mayoritaria. *vid.* por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., pp. 689-691; BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 340 ss. y 369 ss.; CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 259-262; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit. pp. 298 ss.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 325 ss. y 392 ss.; GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 54-57; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 551 ss. A favor de su consideración como elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, *vid.* MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., pp. 391-392.

(93) En este sentido, por todos, CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 322; HUERTA TOCILDO, S., «Aproximación crítica», cit., pp. 388-389; PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo», cit., p. 231. También resulta interesante el fundamento jurídico vigesimocuarto de la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2004/1843), que describe cómo se considera probado el conocimiento ilícito de la procedencia del dinero por parte del abogado que crea un entramado societario para ocultar su origen; o el fundamento jurídico tercero de la STS de 19 de diciembre de 2003 (Ar. 2004/2128), que analiza los indicios probatorios que se valoran para enervar la presunción de inocencia del abogado que interviene en una serie de operaciones y transferencias de dinero aparentemente dirigidas al pago en metálico de mercancías respecto de las cuales no existe encargo, albarán, hoja de pedido, etc.

(94) Como señalan, entre otros, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 392; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 307; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 392; o PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo», cit., pp. 231-232, con abundante bibliografía alemana.

minal pueda seguir disfrutando de un patrimonio proveniente de la comisión de un delito (95).

Este elemento subjetivo permite en general excluir la tipicidad de las conductas de los proveedores de bienes y servicios, normalmente desconocedores del origen delictivo de los bienes que constituyen su contraprestación.

Pero es que además del conocimiento de que los bienes proceden de la comisión de un delito existen otros dos elementos subjetivos del injusto en el tipo que se contiene en el artículo 301.1 CP (96). La conducta ha de ser realizada «para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos», de forma que es precisamente la presencia de estos elementos lo que permite delimitar las conductas penalmente relevantes de aquellas que no lo son (97).

La redacción del artículo 301.1 CP admite dos interpretaciones diversas (98):

– De acuerdo con la primera, sólo es delito la adquisición, conversión o transmisión de bienes ilícitamente obtenidos cuando por medio de tales operaciones se pretende conseguir la ocultación o encubrimiento de su origen ilícito, o bien se trata de que quien ha participado en la comisión del delito del que provienen los bienes eluda las consecuencias de sus actos (99). Si se adopta esta postura

(95) En este sentido, cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C., «La última reforma del Código Penal en materia de drogas», *RGD*, núm. 583, abril 1993, p. 2734. Téngase en cuenta, no obstante, que el artículo 3 de la Ley 19/1993 exige al administrador del Banco comunicar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias esta situación, y le ordena abstenerse de realizar la operación para la que fue depositado el dinero.

(96) En este sentido, cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 286 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 119. Sin embargo, para BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 384-385, estamos ante elementos subjetivos que suponen una referencia específica al elemento volitivo del dolo del delito de blanqueo de capitales. Igualmente, cfr. PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo», cit., pp. 239-240. Por su parte, en opinión de GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de dinero*, cit., pp. 51-52, la preposición «para» introduce un elemento objetivo que «describe la índole de la acción, esto es, que debe ser objetivamente adecuada para ocultar o encubrir».

(97) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 294-295.

(98) Sigo la exposición de VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 95 ss.

(99) En este sentido, por todos, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 172 ss. y 305 ss.; del mismo autor, «Negocios socialmente adecua-

estamos ante un delito de resultado cortado en el que el autor pretende conseguir un resultado cuya efectiva producción sólo afecta al agotamiento que no a la consumación del delito, consumación que se produce ya en el momento en que se lleva a cabo la conducta típica con dicha finalidad, sin que sea preciso que en verdad se logre la ocultación o encubrimiento del origen ilícito del bien o que se ayude efectivamente a la persona a eludir las consecuencias legales de sus actos.

A favor de esta alternativa puede alegarse que la realización de «cualquier otro acto» ha de tener como objetivo los fines mencionados, es decir, la ocultación o encubrimiento del origen ilícito de los bienes o la ayuda a quien ha participado en la comisión del delito del que provienen los bienes para que eluda las consecuencias de sus actos. Esta remisión a cualquier otro comportamiento parece indicar que también la adquisición, conversión o transmisión de bienes han de ir dirigidas a la consecución de estos propósitos (100). A este argumento basado en el tenor literal del precepto puede añadirse que esta interpretación se adecua mejor a lo dispuesto en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (101), y en los textos internacionales (102).

dos», cit., p. 283; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 167 y 286 ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., pp. 16-17; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 402-404; PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», cit., pp. 449 ss.

(100) Así, ampliamente, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 174-175.

(101) Cuyo artículo 1.1 señala que «a los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de un acto de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro estado». En este sentido, *vid.* BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 174.

(102) *Vid.* los artículos 3.1.b) de la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 6.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990, y 1 de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, del Consejo, sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

– De acuerdo con la segunda interpretación posible, la adquisición, conversión o transmisión de bienes procedentes de la comisión de un delito se castiga en todo caso, es decir, con independencia de cuál sea el fin que persiga el autor siempre que conozca la procedencia ilícita de los bienes, mientras que la realización de cualquier otro acto es punible únicamente si está destinado a ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes, o pretende ayudar a la persona que ha participado en la comisión del delito del que proceden los bienes a eludir las consecuencias legales de sus actos (103).

Esta interpretación se fundamenta en el bien jurídico protegido, puesto que se entiende que al tratarse de un delito pluriofensivo en el que, además de protegerse la Administración de Justicia, se tutela el orden económico, «la intervención del Derecho penal también se justificaría atendiendo al resultado lesivo que a dicho orden pudiera producirse, como consecuencia de la circulación sin control de ingentes cantidades de capital, producto de actividades delictivas» (104), de forma que la relevancia penal de la conducta no se hace depender únicamente del hecho de que por medio de la adquisición, conversión o transmisión de los bienes se entorpezca la averiguación del delito previamente cometido, como sucede en la primera interpretación.

Hasta el momento, la doctrina mayoritaria se ha decantado a favor de la primera interpretación que hemos visto, que supone una restricción de las posibilidades de aplicación del precepto pero resulta más coherente con su origen y con la normativa internacional y española sobre blanqueo de bienes.

Estos elementos subjetivos del injusto permiten excluir la tipicidad de la conducta de quienes realizan objetivamente actos de adquisición, conversión o transmisión de bienes procedentes de la comisión de delitos sin intención alguna de ocultarlos ni de encubrir su origen ilícito.

En conclusión, la conducta del asesor fiscal, del abogado o del procurador que admiten dinero de un cliente a sabiendas de que procede de la comisión de un delito como pago de los honorarios profe-

(103) En este sentido, implícitamente, *vid.* QUINTERO OLIVARES en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, cit., p. 1518; con mayor rotundidad, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, II, cit., pp. 1464-1465.

(104) VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 97. En igual sentido, *vid.* VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, II, cit., p. 1464.

sionales no es típica al no cumplirse los requisitos objetivos ni subjetivos del tipo (105). El desplazamiento patrimonial que supone el pago de unos servicios prestados lícitamente constituye una transacción económica que normalmente no encaja en las conductas que se penalizan como blanqueo (106), al no pretender ni conseguir dificultar el descubrimiento del delito previo.

También el Consejo de Europa rechaza la inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio de Estrasburgo del abogado defensor que se limita a cobrar sus honorarios (107).

La colaboración del abogado o del asesor fiscal en la creación de entramados societarios o en la realización de operaciones que persiguen cubrir el origen ilícito de los bienes procedentes de la comisión de delitos, o ayudar a los intervinientes en ellos a evitar las responsabilidades civiles y pecuniarias que les puedan ser impuestas a consecuencia de ellos, es, por el contrario, una conducta incardinable en el delito de blanqueo de bienes. En efecto, en el caso de que el abogado o el asesor fiscal realicen actuaciones no precisamente neutrales, por ejemplo actuando como testaferros en la creación de sociedades instrumentales en paraísos fiscales, su conducta encaja perfectamente en el delito de blanqueo y debe sancionarse. Y al respecto téngase presente que las funciones de asesoramiento delictivo no quedan amparadas en el legítimo ejercicio del oficio de abogado (108).

La STS de 19 de diciembre 2003 (RJ 2004\2128) confirma la condena por blanqueo impuesta por la SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2001 (ARP 2002, 287) al abogado que, siguiendo instrucciones directas de su cliente, pretende cobrar importantes canti-

(105) En contra, *vid.* GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 45; PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y conductas afines», cit., p. 463.

En Alemania el tema ha sido tratado con notable extensión. *vid.* entre otros BUSSENIUS, A., *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar*, Nomos, Baden-Baden, 2004; HOMBRECHER, L., *Geldwäsche (parágrafo 261 StGB) durch Strafverteidiger? - Eine Untersuchung zur Anwendung des parágrafo 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers-*, Shaker, Aachen, 2001.

(106) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 271; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 309-310.

(107) Cfr. CONSEJO DE EUROPA, *Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1991, p. 22.

(108) Como bien apuntan ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo*, cit., p. 258, o PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 531-532. Ya el artículo 7.2 CC establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo o anti-social del derecho.

dades en metálico depositadas en entidades bancarias. La SAN de 21 de octubre de 2002 (JUR 2004\216096) condena por blanqueo a un asesor jurídico-fiscal que crea un entramado societario para introducir el dinero y los bienes de origen delictivo en los circuitos ilícitos falseando su procedencia. Asimismo sanciona por blanqueo al abogado que colabora en la realización de «una sucesión de actos jurídicos y disposiciones patrimoniales, a fin de ocultar no sólo el origen sino la verdadera titularidad de los beneficios ilícitamente obtenidos a consecuencia de la venta de divisas provenientes del tráfico de estupefacientes» la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2004\1843). También castiga al abogado que realiza gestiones tendentes a la recuperación e ingreso en el mercado regular de capitales procedentes del narcotráfico la STS de 4 de enero de 2001 (RJ 2002\1183). En el aspecto objetivo es evidente que la conducta desplegada por el abogado o el asesor fiscal en estos casos no puede considerarse «normal», puesto que interviene en la constitución de numerosas sociedades que no desarrollaban en la práctica actividad comercial relevante durante el tiempo de su existencia, salvo la adquisición y transmisión de fincas; adquiere participaciones en sociedades carentes de capital y de objeto social, cuya propiedad transmite a otros coimputados; vende sociedades por un valor escriturado muchas veces inferior al precio que en verdad se pagó; dispone de cuentas innominadas e internas cuya existencia, saldo y titularidad sólo eran conocidos por la entidad bancaria y él mismo, para asegurar la confidencialidad y el anonimato de estas transacciones, etc. Sin embargo, en la misma sentencia se considera no probado que otro letrado, asesor legal de las sociedades pertenecientes a esta red dedicada al blanqueo, contribuyera como testaferrero en la organización dedicada a dar apariencia de licitud a los fondos procedentes del tráfico de drogas.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Delitos contra la Administración de Justicia*, Comares, Granada, 1995.
- AA.VV., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
- ABEL SOUTO, M., «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003», *La Ley Penal* núm. 20, octubre 2005, p. 5.

- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Escritura Pública. Ensayos de actualidad. Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho Penal», *Anuario de Derechos Humanos* núm. 2, 1982, p. 11.
- «La “rigurosa aplicación de la ley”», *ADPCP* 1995, p. 849.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1973.
- «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 135.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen II*, Ceura, Madrid, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid, 2001.
- BARTON, S., «Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (parágrafo 261 StGB)», *StV* 1993, p. 156.
- BERNSMANN, K., «Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche - Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund», *StV* 1/2000, p. 40.
- BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», *ADPCP*, tomo L, 1997, p. 263.
- *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales (Estudio particular de la omisión de comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*, Comares, Granada, 1999.
- «Delito de defraudación tributaria y responsabilidad penal en el ámbito bancario», en Quintero Olivares, G./Morales Prats, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 971.
- *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001.
- BOTTKE, W., «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2)», *Wistra* 1995, p. 121.
- BURR, C., *Geldwäsche - Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Diss. Siegburg, 1995.
- BUSSENIUS, A., *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar*, Nomos, Baden-Baden, 2004.
- CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

- CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CARMONA SALGADO, C., «La receptación», en Martín Pallín, J. A. (dir.), *Delitos contra la propiedad*, CGPJ, Madrid, CDJ XV 1996, p. 239.
- CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 5ª ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J., «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, p. 191.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial. I*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M., «La recepción de las normas de la Comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales», *CPC* núm. 85, 2005.
- COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, CESEJ-Ediciones, Madrid, 2005.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Encubrimiento y receptación*, Bosch, Barcelona, 1955.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997.
- CONSEJO DE EUROPA, *Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Proyecto de Código Penal de 1992», *Cuadernos del CGPJ*, núm.11, 1992.
- CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal. I*, Ariel, Barcelona, 1976.
- CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen segundo*, Bosch, Barcelona, 1975.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Voz “Blanqueo de bienes”», en Luzón Peña, D.-M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, p. 193.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1999.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989.
- «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en Martínez Arrieta, A. (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJ I, 1994, p. 143, y en AP 1994, marg. 583.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *ADPCP* 1993 II, p. 585.
- *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998.
- FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», *EPC* XXI, 1998, p. 117.
- *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Límites a la participación criminal: ¿existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», en J. C. Ferré Olivé/E. Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 85.
- FLATTEN, T., *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1996.
- FORTHAEUSER, R., *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, VVF, München, 1992.
- FRISCH, W., *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.
- GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GIL DE LA FUENTE, J., «La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales», *La Ley Penal* núm. 20, año II, octubre 2005, p. 27.
- GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelincuencia: la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación*, Comares, Granada, 1998.
- GRACIA MARTÍN, L., «El iter criminis en el Código Penal español de 1995», en AA.VV., *El nuevo sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, CDJ XXVII, 1997, p. 257.

- GRÜNER, G./WASSERBURG, K., «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?», *GA* 2000, p. 430.
- HOMBRECHER, L., *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger?*
— *Eine Untersuchung zur Anwendung des parágrafo 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers*-, Shaker, Aachen, 2001.
- HUERTA TOCILDO, S., «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines», en Soriano Soriano, J. R. (dir.), *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, *CDJ* XX, 1996, p. 365.
- JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993
— *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y «el principio de confianza»*, Civitas, Madrid, 1997.
- JOSHI JUBERT, U., «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP* 1995 II, p. 657.
- KLIPL, I., *Geldwäscherei*, Bank-verlag, Wien, 1994.
- KNORZ, J., *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1996.
- KÖNER, H. H., *Kommentar zum BtMG*, 4. Aufl. München, 1994.
- KÖNER, H./DACH, E., *Geldwäsche: ein Leitfaden zum geltenden Recht*, C. H. Beck, München, 1994.
- KÜPPER, G., «Strafvereitelung und «sozialadäquate» Handlungen», *GA* 1987, p. 385.
- LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana». Contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»*, Comares, Granada, 2002.
— «La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico», en Echano Basaldúa, J. I. (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 263.
- LENCKNER, T., «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», en STREE, W. u. A. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, C. H. Beck, München, 1978, p.
- LÓWE-KRAHL, O., *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Boorberg, Stuttgart-München-Hannover, 1990.
— «Die Strafbarkeit von Bankangestellten wegen Geldwäsche nach § 261 StGB. Eine kritische Analyse des neuen Straftatbestandes», *Wistra* 1993, p. 123.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón Peña, D.-M./Mir Puig, S. (coords.), *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 21.
— *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996.

- MALLISON, J., *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1979.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «El encubrimiento», en A. Martínez Arrieta (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJ I, 1994, p. 9.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Derecho penal económico. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A., *El delito de receptación*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- MEYER-ARNDT, L., «Beihilfe durch neutrale Handlungen», *Wistra* 1989, p. 281.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed. Reppertor, Barcelona, 2004.
- MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal (concordados y con jurisprudencia)*, Edijus, Zaragoza, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW* 1995, p. 507.
- OSWALD, K., *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Iuscrim, Freiburg i. Br., 1997.
- OTTO, H., «Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung», *ZStW* 1994, p. 775.
- «“Vorgeleistete Strafvereitelung” durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», en Eser, A. u. A. (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1998, p. 193.
- «Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigem Verhaltens», *JZ* 2001, p. 436.
- PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000.
- PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», en T. S. Vives Antón/J. L. Manzanares Samaniego (dirs.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, p. 418.
- PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en Martínez Arrieta, A. (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJ I, 1994, p. 219.

- PHILIPOWSKI, R., «Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften», en Kohlmann, G. (Hrsg.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Schmidt, Köln, 1983, p. 131.
- PILZ, K., *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Peter Lang, Frankfurt, 2001.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal. Tomo III. Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1978.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., «Lavado de activos y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado», en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 621.
- REY HUIDOBRO, L. F., «Hechos realizados por facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, por autoridad o agente de la misma», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Edersa, Madrid, 1990, p. 433.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- ROMERAL MORALED A, A./GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993.
- ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», en AA.VV., *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p..
- RUEDA MARTÍN, M. A., «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Revista Penal*, núm. 9, enero 2002, p. 122.
- RUÍZ VADILLO, E., «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992, p. 4277.
- SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Algunas cuestiones relativas a la regulación penal del blanqueo de capitales», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Institut de Criminologia, Valencia, 1997, p. 771.
- «Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo», *La Ley*, núm. 4647, 1998, p. 1.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La receptación específica», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Edersa, Madrid, 1990, p. 479.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», *CPC* núm. 58, 1996, p. 125.

- VICENTE MARTÍNEZ, R. de, «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *AP* 1997-1, marg. 105.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, 2 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VOGEL, J., «Geldwäsche ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», *ZStW* 1997, p. 335.
- WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, C. H. Beck, München, 1996.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Receptación y blanqueo de capitales», en AA.VV., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. III*, Madrid, 1996, p. 449.

En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género (*)

CAROLINA BOLEA BARDON

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Empiria.–II. Itinerario legislativo: 1. Introducción. 2. La introducción del delito de violencia doméstica en el Código Penal. 3. El Código Penal de 1995. 4. La reforma de 1999. 5. La Orden de Protección de 2003. 6. Las reformas de la Ley Orgánica 11/2003: *a)* El nuevo artículo 173.2 CP. *b)* La ampliación del círculo de sujetos protegidos. *c)* La conversión de las faltas en el delito del artículo 153 CP. 7. La reforma de la prisión provisional por la Ley Orgánica 13/2003. 8. La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: *a)* La agravación general de los delitos de lesiones cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable. *b)* La reforma del artículo 153 CP. *c)* La conversión de las faltas de amenazas y coacciones en delitos. *d)* El quebrantamiento de condena (art. 468 CP).–III. Consideraciones político-criminales.

I. EMPIRIA

1. En los últimos años, la violencia doméstica y de género es uno de los temas permanentes en el debate político-criminal. Se trata de un problema que afecta principalmente a mujeres (el 91,1 por 100 de los casos). Sin embargo, no hay que olvidar que, aunque sea en menor medida, la violencia también alcanza a menores y a ancianos y, en ocasiones, también a los hombres (1). Las noticias sobre muje-

(*) Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia: «Políticas penales en materia de seguridad» (SEJ2005-08814/JURI).

(1) *Vid.*, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial Asturias (Sección 2ª) de 30 de octubre de 2004 en la que se condena a la acusada como autora de un

res muertas a manos de sus parejas no dejan de aparecer en los medios de comunicación. Día tras día nos enfrentamos a un nuevo caso de homicidio de una mujer por parte de su cónyuge, ex cónyuge, compañero sentimental, ex compañero, novio o ex novio. Sin embargo, la alarma social creada por los medios de comunicación en torno al tema no debería llevar a pensar que el fenómeno de la violencia doméstica y de género constituye un problema de nueva aparición. La violencia ha sido utilizada a través de los tiempos como un instrumento de poder y dominio del fuerte sobre el débil. Si en la actualidad los casos de violencia sobre la mujer son noticia, y salen a la luz pública, es porque cada vez es mayor el número de denuncias, debido a una mayor toma de conciencia de la mujer respecto a sus derechos y a su papel en la pareja, en la familia y en la sociedad, unido a una mayor sensibilización social respecto al problema. La violencia doméstica ha dejado de verse como un problema privado a resolver en el seno de la propia familia, para ser considerado un problema que afecta a la sociedad en su conjunto (2).

2. Según datos publicados por el Instituto de la Mujer, en el año 2000 la cifra de mujeres muertas en manos de su pareja o ex pareja (incluyendo novios y ex novios) se situaba en 63. El año 2001 disminuyó a 50. Dos años después, en el 2002, se produjeron 54 muertes de mujeres en manos de su pareja o ex pareja, mientras que en el año 2003 la cifra aumentó a 71. Por consiguiente, el número de mujeres muertas en manos de su pareja aumentó en 2003 en un 30 por 100 respecto al año anterior. No obstante, al año siguiente (2004) la cifra de muertes se mantuvo en 72, cifra que en el año 2005 descendió a 60. Y en lo que va de año, la cifra alcanza las 55 muertes de mujeres

delito de violencia doméstica del artículo 153 CP a una pena de prisión de siete meses por golpear y arañar a su esposo.

(2) Consciente de ello, la STS de 24 de junio de 2000, Ponente: Sr. Giménez García, afirma (FJ 4): «el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios». En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica: «La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. La situación que originan estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía».

en manos de su pareja o ex pareja (3) Como podemos observar, en los últimos seis años el número de muertes de mujeres en manos de su pareja o ex pareja ha ido oscilando, con una ligera tendencia hacia el alza, que parece que se mantiene en el 2006.

Por otro lado, en el año 1999 se llevó a cabo una macroencuesta sobre «Violencia contra las mujeres» por parte del Instituto de la Mujer, que destacaba que el 4,2 por 100 de las mujeres españolas mayores de edad habían declarado ser víctimas de malos tratos (maltrato declarado). Además, un 12,4 por 100 fueron consideradas víctimas de algún tipo de maltrato doméstico, pues, aunque explícitamente no hubieran reconocido serlo, se deducía de sus respuestas (maltrato técnico) (4). En el año 2002 las cifras oscilaron entre el 11,1 por 100 de mujeres consideradas técnicamente maltratadas y el 4 por 100 de mujeres autoclasificadas como maltratadas (5).

3. Los medios de comunicación no han empezado a ocuparse de los malos tratos a mujeres hasta los años 80 (6). Hasta esa fecha la violencia contra la mujer era considerado un asunto privado, a resolver en el ámbito exclusivamente familiar (7). Hay que reconocer la importante labor de los medios de comunicación a la hora de sacar a la luz pública un problema de tanta trascendencia. Sin embargo, éstos no siempre contribuyen a formar una correcta percepción de la realidad. Cuando en la prensa leemos que ha muerto una nueva víctima de malos tratos, y además se añade y subraya que ésta ya había denunciado al agresor anteriormente, sin que ni la Policía ni los Jueces hicieran nada para evitar el trágico final, sentimos una sensación de tremenda impotencia. Se generaliza entre los ciudadanos la opinión de que la Justicia no funciona, de que el Estado es incapaz de garantizar la seguridad de los ciudadanos, de que el Derecho penal no es lo suficientemente duro en estos casos. Sin embargo, en la mayoría de casos de mujeres muertas en manos de sus parejas o ex parejas, los órganos judiciales no tienen constancia de la situación de malos tra-

(3) Vid. <http://www.mtas.es/mujer/>, Actualizado a 11 de septiembre de 2006.

(4) Vid. <http://www.mtas.es/mujer/>.

(5) Vid. <http://www.mtas.es/mujer/>.

(6) Sobre la evolución del tratamiento de la violencia doméstica en España por parte de los medios de comunicación, Vid. LÓPEZ DÍEZ, «La violencia contra las mujeres en los medios de comunicación», en Instituto de la Mujer, *Mujer, Violencia y Medios de Comunicación*, pp. 24 ss. (<http://www.mtas.es/mujer/>).

(7) En España, hasta 1975 el Código Civil autorizaba al marido a corregir a su esposa y obligaba a ésta a obedecerle, confirmando jurídicamente la posición de primacía del hombre respecto a la mujer en el seno de la familia.

tos en que vivía la víctima durante años. Y ello porque o bien no hay denuncia previas, o bien porque las mismas son retiradas con anterioridad al inicio del juicio oral (8).

La pregunta que acto seguido surge es la siguiente: ¿por qué no denuncian las mujeres víctimas de malos tratos o por qué retiran la denuncia una vez presentada? (9). Habiéndose producido agresiones previas, la mujer no denuncia (o retira la denuncia) ante las autoridades competentes su situación por diversas razones: porque confía en que el agresor modificará su comportamiento (esperanza en que la situación cambie), por su dependencia afectiva, por vergüenza ante la sensación de fracaso, porque llega a creer que ella tiene parte de culpa y es responsable de lo que le pasa (el marido se encarga de hacérselo creer), porque tiene miedo de las posibles represalias del agresor, por el temor a la desaprobación de familiares, amigos y vecinos, porque no confían en el aparato judicial, por su dependencia económica del agresor y falta de medios para sobrevivir con sus hijos para escapar de una relación basada en el dominio (10).

Y es que entre los efectos que produce una situación de violencia prolongada, además de los que se aprecian a nivel *físico*: lesiones de todo tipo, traumatismos múltiples, heridas, quemaduras, relaciones sexuales forzadas, abortos, etc., destacan los que se producen a nivel *psicológico*: destrucción de la confianza en uno mismo, pérdida de la autoestima, apatía que impide afrontar el problema y buscar una

(8) Según el informe de la actividad de los órganos judiciales sobre violencia doméstica, 2003, realizado por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, el 13,21 por 100 de las denuncias son retiradas, y mientras que en los juzgados de las grandes poblaciones se retiran el 15 por 100 de las denuncias, en las pequeñas poblaciones se retiran el 11 por 100. Según datos estadísticos del primer trimestre 2005 del Observatorio de Violencia doméstica del Consejo General del Poder Judicial, el 10, 5 por 100 de las denuncias son retiradas. Según datos presentados en el Congreso de Violencia doméstica, organizado por el Observatorio de Violencia doméstica del Consejo General del Poder Judicial los días 12 y 13 de junio de 2003, en un 81 por 100 de las muertes por violencia doméstica del año 2001 y en un 75 por 100 de las del 2002 no consta en los Juzgados la situación previa de malos tratos.

(9) Según el informe sobre violencia doméstica elaborado por el Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, 2003, p. 21, «para la mayoría de mujeres pasan entre 5 y 10 años desde el inicio del maltrato hasta que se denuncia el hecho».

(10) *Vid.* una detallada exposición de las razones que llevan a la mujer a retirar la denuncia, poniendo de manifiesto las deficiencias del sistema penal a la hora de atender a sus necesidades y pretensiones, en LARRAURI PUJOAN, «Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias», *RDPC*, 2ª época, núm. 12 (2003), pp. 271 ss.

solución para escapar de esa situación, sensación de desamparo e impotencia, sentimientos de culpabilidad, depresión, abuso de alcohol y psicofármacos, intentos de suicidio, trastornos por somatización, crisis de ansiedad (especialmente, cuando se mezclan períodos de violencia con otros de arrepentimiento y ternura que generan una situación de alerta y sobresalto permanentes); y, a nivel *social*: aislamiento social, absentismo laboral, pérdida de empleo, etc. (11). Entre las consecuencias psíquicas que el maltrato tiene para la mujer también se incluye en la actualidad el denominado trastorno de estrés postraumático, considerado como un conjunto de síntomas que desarrollan las personas que han experimentado un acontecimiento extremadamente traumático (12). Aunque este tipo de trastorno suele vincularse a acontecimientos traumáticos como, por ejemplo, combates en el frente de guerra, secuestros, internamientos en campos de concentración, torturas, etc., hoy en día también se considera una situación suficientemente traumática el hecho de sufrir durante años agresiones en el hogar por parte de la persona con la que se convive (13).

II. ITINERARIO LEGISLATIVO

1. Introducción

1. A continuación examinaremos las principales medidas jurídico-penales y procesales adoptadas en materia de violencia domés-

(11) Según el informe sobre violencia doméstica elaborado por el Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, 2003, p. 27, «sólo algunas víctimas de maltrato presentan trastornos psicopatológicos bien definidos. En muchos casos, los motivos de consulta pueden ser síntomas físicos y psicológicos poco específicos y trastornos por somatización, que pueden ser la carta de presentación de una situación de maltrato». Sobre los efectos que produce en la mujer una situación de violencia continuada, Vid. LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal*, 2001, pp. 116 ss.; FALCÓN CARO, *Malos tratos habituales a la mujer*, 2001, pp. 75 ss.

(12) Vid. una detallada exposición de los síntomas de este tipo de trastorno, cuando se desarrolla como consecuencia de una situación de malos tratos, en JIMÉNEZ DÍAZ, «Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable», en *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 289 ss.

(13) Según JIMÉNEZ DÍAZ, «Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable», en *Estudios penales sobre*

tica y de género, en el marco de un itinerario legislativo que se inicia con la introducción del delito de violencia doméstica en el Código Penal, y que llega hasta la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

2. Como es sabido, el Código Penal siempre ha castigado los actos de violencia (sea quien fuere la víctima o el autor del delito y cualquiera que fuera el contexto en el que se produjeran) a través de los tipos clásicos de homicidio, lesiones y contra la libertad (amenazas y coacciones). Especialmente importantes en este ámbito son las conductas más leves de atentados a la integridad o libertad, esto es, las faltas de lesiones leves (aquellas que pese a consistir en un resultado de lesión, no requieren objetivamente tratamiento médico o quirúrgico para su curación) y la falta de maltrato de obra (en la que ni siquiera hay resultado de lesión esto es, un empujón o un bofetón). Igualmente vienen en consideración las correspondientes faltas de amenazas y coacciones leves.

3. Sin embargo, progresivamente, los actos violentos que tienen lugar en el contexto de las relaciones domésticas, primero, y entre hombre y mujer, después, se desgajarán del régimen general y pasarán a tener un tratamiento autónomo en el Código Penal. Esta es la primera pregunta que un penalista se formula: ¿por qué determinados hechos se castigan más que otros idénticos si se producen en un determinado contexto o ante ciertas clase de víctimas? Y más concretamente: ¿qué justifica que al castigo tradicional por los delitos y faltas contra la integridad se le sume un nuevo castigo por otro delito distinto?

La historia de la violencia doméstica y de género comienza con la búsqueda de ese interés («bien jurídico») diferenciado que se lesiona cuando sobre determinadas personas o en determinados contextos se realiza una conducta que ya está castigada como delito o falta. La evolución de la legislación penal española en esta materia muestra cómo no se ha tenido claro ese interés distinto al protegido por las infracciones ya existentes, de manera que la sucesiva ampliación del castigo ha carecido de una orientación material sólida.

violencia doméstica (coord. Morillas Cueva), 2002, la probabilidad de que una víctima de violencia doméstica sufra este tipo de trastorno es muy alta, teniendo en cuenta que el agente estresante convive con ella, y, si ésta ha cesado, sigue estando presente en su entorno.

2. La introducción del delito de violencia doméstica en el Código Penal

1. Esa autonomía se inicia en el año 1989, cuando se introduce en el Código Penal por vez primera el delito de violencia doméstica, ubicado sistemáticamente entre las lesiones, como especie diferenciada de delito de lesiones (14). En aquel momento se estimó la necesidad de castigar separadamente, con la pena de arresto mayor (uno a seis meses), además de los concretos resultados que se produjeran:

- a) el ejercicio de violencia física habitual;
- b) sobre el cónyuge, persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, los hijos propios, pupilos, menores e incapaces sometidos a la propia tutela o guarda de hecho.

2. En aquel delito parecía cobrar vida un bien jurídico nuevo, distinto a los clásicos, que al principio se quería identificar con el protegido en las lesiones (salud o integridad personal). También se pretendió vincular con la paz familiar o con la noción de convivencia pacífica con el tiempo se vio que era más próximo al principio de dignidad de la persona, en concreto, a la integridad moral de la persona (15).

3. A partir de ese momento, se inicia el camino de la expansión autónoma de este delito. Ello sucede en tres direcciones: la progresiva ampliación y diversificación de las conductas castigadas, la progresiva ampliación del círculo de sujetos pasivos del delito y la progresiva agravación de las penas.

(14) Vid., por todos, OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, 2001, p. 17, nota 3, quien considera el delito de violencia habitual como una creación moderna de nuestro legislador. El legislador basaba la introducción de dicho delito en «la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo» (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989). El entonces art. 425 establecía: «el que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre sus hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor».

(15) Vid. una detallada exposición sobre la problemática en torno al bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica, en CASTELLÓ NICÁS, «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 53 ss.

3. El Código Penal de 1995

1. La primera reforma se produce en 1995, con la aprobación del nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). El delito de violencia doméstica habitual regulado en el artículo 153:

- a) pasa a tener una pena de seis meses a tres años de prisión;
- b) se produce una ampliación de los sujetos pasivos: ahora no sólo parejas de derecho y de hecho y los hijos propios, sino también los del cónyuge o conviviente, y se incluyen los pupilos, ascendientes o incapaces que convivan con el autor/a o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro;
- c) en alusión al régimen concursal, se establece que las penas correspondientes a este delito se aplicarán sin perjuicio de las que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

2. De este modo, se incrementan las penas y las personas protegidas, pero se mantienen los requisitos de convivencia y de habitualidad, por lo que esta clase de violencia parece seguir atentando contra un interés esencialmente «doméstico». De hecho, al añadirse en el CP 95 la nota de estabilidad en la «análoga relación de afectividad», todo apuntaba hacia la exigencia de convivencia.

4. La reforma de 1999

1. En 1999, mediante la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, se vuelve a modificar el delito de violencia doméstica. En esta ocasión en el artículo 153:

- a) se introduce la violencia psíquica como modalidad típica, plenamente equiparada a la violencia psíquica;
- b) se amplía de nuevo el círculo de sujetos: ahora se incluyen las relaciones matrimoniales o de hecho que hubieran existido en el pasado, es decir, los ex cónyuges y los ex convivientes («sobre quien sea o *haya sido* su cónyuge o sobre persona que esté o *haya estado* ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad»);
- c) el legislador se pronuncia sobre uno de los temas que más controversia había suscitado en la práctica de los tribunales: el concepto de habitualidad. Desde esta reforma, para apreciar la habitualidad se atenderá 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 comprendida en el artículo 153, y

de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores (16).

2. Con esta reforma se da el primer paso hacia un progresivo abandono de los fenómenos violentos exclusivamente domésticos, esto es, producidos en el marco de la convivencia actual y se amplía la protección también a las personas que fueran objeto de violencia por parte de su pareja o ex pareja. Ello implicaba otorgar al delito de violencia doméstica una naturaleza radicalmente distinta de la que había tenido hasta el momento. El ejercicio de violencia penalmente relevante a los efectos de ser castigado de forma independiente ya no era sólo el que se producía en el contexto de una convivencia «anormal», sino que también lo era el que se producía por razón de los vínculos afectivos presentes o pasados.

Lo anterior ponía claramente de manifiesto que el interés protegido en este delito, no podía ser la paz familiar o del hogar, sino que lo que se afectaba era algo ajeno a la lógica de la convivencia y sin embargo presente en las relaciones de afectividad, aspecto éste que parecía apuntar hacia la integridad moral o dignidad de determinadas personas próximas al autor.

3. Pero la reforma de 1999 abre una nueva vía de ataque a esta forma de violencia. Se trata de la introducción de tres importantes prohibiciones que pueden imponerse, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, como *penas accesorias* (art. 57 CP). La naturaleza de estas prohibiciones es la de penas privativas de derechos (art. 48 CP) y pueden imponerse por un tiempo no superior a cinco años en un gran número de delitos (véase el art. 57) y por un tiempo no superior a seis meses en las faltas contra las personas de los artículos 617 y 620 CP. En concreto:

a) la prohibición de *aproximación* a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (que impide al penado acercarse a estos sujetos en cualquier lugar donde

(16) Al respecto, parece preferible entender (en contra de la opinión mayoritaria) que con la alusión a dicho concepto el legislador únicamente ha pretendido establecer unos indicadores que el Juez ha de tener en cuenta para decidir si se da o no una situación de violencia continuada en el caso concreto. En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, «El delito de violencia doméstica habitual (art. 173.2 del Código Penal)», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, p. 92; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, 2001, p. 91.

se encuentren, así como acercarse al domicilio de estas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que se frecuentado por ellas);

b) la prohibición de *comunicación* con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal (que impide al penado establecer con estos sujetos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual);

c) la prohibición de volver al *lugar* en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fuesen distintos.

4. Además, la Ley Orgánica 14/1999 reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo un nuevo artículo 544 bis en virtud del cual:

«En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez, o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

Con posterioridad, este último párrafo fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en los siguientes términos:

«En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión

provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

5. La Orden de protección de 2003

1. En el año 2003 se abre un período de importantes reformas legislativas en materia de violencia doméstica y de género, en respuesta a la preocupación social que despierta un fenómeno que es percibido por la opinión pública como un problema de primera magnitud. La Orden de protección marca (en el ámbito procesal) el inicio de un proceso de cambios legislativos dirigidos a otorgar una protección integral a la víctima de malos tratos. Se constituye así como un claro precedente de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En efecto, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (17) establece en su Exposición de Motivos que su finalidad principal consiste en que la víctima obtenga, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado ante el juez de instrucción, «un estatuto integral de protección, que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal». Ello se logra a través de la mencionada «Orden de protección», que se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 13) como una nueva medida provisionalísima adoptable en calidad de primeras diligencias, junto con las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis LECrim.

2. La Orden de protección viene regulada en el nuevo artículo 544 ter LECrim, que introduce la Ley 27/2003. Sus principales características son:

a) El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, inte-

(17) Para un análisis detallado de la génesis y el desarrollo de la orden de protección, *Vid.* MAGRO SERVET, «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley*, 10 de julio de 2003, pp. 1 ss.

gridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal (actual art. 173.2) resulte una *situación objetiva de riesgo* para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

b) El procedimiento previsto en este precepto (urgente) puede ser iniciado tanto de oficio como a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones mencionadas en el actual artículo 173.2 CP o del Ministerio Fiscal. El Juez de Instrucción en funciones de guardia es quien acordará la Orden de protección mediante una resolución única. A través de dicha resolución, el Juez de Instrucción podrá adoptar medidas de protección de la víctima de naturaleza civil, penal y social.

c) Por lo que respecta a las medidas civiles, éstas pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, la fijación de la prestación alimenticia, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

d) Las medidas cautelares penales pueden ser cualesquiera de las previstas en la LECrim. Así, entre otras, la prohibición de aproximación, residencia o comunicación con la víctima e, incluso, la prisión provisional (siempre en caso de delito).

e) En cuanto a las medidas asistenciales, la orden de protección será comunicada por el Juez a las Administraciones públicas competentes para la adopción de las medidas sociales oportunas, entre las que destaca la obtención de la llamada «renta activa de inserción».

f) Por último, la Orden de protección dictada por el Juez de Instrucción deberá ser inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia doméstica (18).

6. Las reformas de la Ley Orgánica 11/2003

Apenas unos meses después de la entrada en vigor de la Orden de protección se aprueba la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia

(18) Vid. Disposición adicional primera de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

doméstica e integración social de los extranjeros. Esta reforma de Código Penal supone un giro de 180 grados al enfoque que hasta entonces había tenido el problema. En concreto, deben destacarse tres aspectos.

A) EL NUEVO ARTÍCULO 173.2 CP

1. En primer lugar, las conductas de violencia doméstica habitual pasan a contemplarse como delito contra la integridad moral, esto es, pasan del artículo 153, ubicado entre las lesiones, al artículo 173.2 ubicado entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral (19). El nuevo artículo 173.2 considera como atentado contra la integridad moral el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre las personas protegidas y lo castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años. Además, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, podrá imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años. Y todo ello, según el artículo 173.2 –y al igual que sucedía en su predecesor artículo 153–, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

2. Igualmente, se introduce un segundo párrafo en el que se establece la obligación de imponer las penas anteriores en su mitad superior si alguno o algunos de los actos de violencia:

- a) se perpetren en presencia de menores,
- b) o utilizando armas,
- c) o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima,

(19) Con el cambio de ubicación sistemática, el legislador acoge la propuesta de traslado del artículo 153 al título VII del Libro II, planteada por aquel sector de la doctrina partidario de entender que el bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica es la integridad moral. Así, CASTELLÓ NICÁS, «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 63 ss.; MORILLAS CUEVA, «Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma», *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 669 ss.; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, 2001, pp. 37 ss.

d) o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Finalmente, el nuevo artículo 173.2 incorpora un tercer apartado en el que, en la línea de lo que ya se había dispuesto en reformas anteriores, se pretende precisar el concepto de habitualidad. Para apreciarla se seguirá atendiendo 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, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

B) LA AMPLIACIÓN DEL CÍRCULO DE SUJETOS PROTEGIDOS

1. La segunda modificación importante que introduce la Ley Orgánica 11/2003 es un nuevo catálogo ampliado de sujetos pasivos del delito de violencia habitual del artículo 173.2. Con esta modificación, existirá delito de violencia física o psíquica habitual si ésta se ejerce sobre:

- a) quien sea o haya sido su cónyuge,
- b) o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia,
- c) o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente,
- d) o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente,
- e) o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar,
- f) así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Repárese en que la modificación implica la inclusión de todos los descendientes, ascendientes o hermanos, ya sean propios o del cónyuge o conviviente, pero además, y con carácter general, de cualquier persona integrada en el núcleo de convivencia familiar (20). Igual-

(20) Destaca los problemas que plantea la expresión «sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar», en relación con el principio de legalidad, CORCOY BIDASOLO, «Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes», en *LH al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1233.

mente destacable es la eliminación expresa del requisito de la convivencia cuando la violencia se realiza sobre cónyuges, ex cónyuges, parejas o ex parejas (21). Finalmente, la extensión del círculo de sujetos pasivos va mucho más allá del ámbito familiar y de las relaciones de convivencia o afectividad actuales o pasadas: se incluyen ahora a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidos a custodia o guarda en centros públicos o privados (por ejemplo, residencias de ancianos, ámbitos escolares, hospitalarios, etc.). Por tanto, a partir de este momento en un mismo precepto se hallan recogidos tres tipos de violencia: doméstica, de género y asistencial.

C) LA CONVERSIÓN DE LAS FALTAS EN EL DELITO DEL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL

1. En tercer lugar y sin duda la cuestión más controvertida de esta reforma se refiere a la aparición por vez primera de la técnica de la conversión de las faltas a delitos. El artículo 153 recoge una nueva figura en la que no se exige ningún tipo de habitualidad y en el que se castiga como autor de un delito de lesiones a quien:

- a) causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito,
- b) golpear a o maltratar a otro sin causarle lesión,
- c) o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos.

Cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

(21) Al no afirmarse nada al respecto en la regulación hasta entonces vigente del artículo 153, podía suscitarse la duda de si el precepto exigía o no que hubiera habido convivencia en algún momento de la relación de afectividad. Ahora parece que el legislador ha optado por entender que no es necesario que los sujetos convivan ni que hayan convivido en ningún momento. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria se inclinan por excluir del ámbito de sujetos pasivos a los novios. Postura defendible únicamente si se parte de que no puede haber *afectio maritalis* ni asimilados sin convivencia. En este sentido, QUERALT I JIMÉNEZ, «La última respuesta penal a la violencia de género (1)», *La Ley*, 13 de febrero de 2006. En contra, MUÑOZ SÁNCHEZ, «El delito de violencia doméstica habitual (art. 173.2 del Código Penal)», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, p. 81, para quien la expresa mención a la ausencia de convivencia «sólo puede interpretarse en el sentido de que el carácter análogo de la relación se refiere a los vínculos de afectividad y no a la convivencia estable de personas de distinto sexo».

La pena prevista es la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años. Si el juez o tribunal lo estima adecuado al interés del menor o incapaz, también podrá imponerse la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

2. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 173.2, también se introduce en el artículo 153 la obligación de imponer las penas anteriores en su mitad superior cuando el delito:

- a) se perpetre en presencia de menores,
- b) o utilizando armas,
- c) o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima,
- d) o se realicen (*sic*) quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

3. De lo anterior se desprende que en el nuevo artículo 153 se tipifican como delito conductas que antes sólo constituían meras faltas de lesiones, de malos tratos o amenazas. La definición como delito de estas conductas, más allá del incremento punitivo que supone por estar acompañada de la pena de prisión, abre una nueva posibilidad (vetada, en todo caso, para las faltas): la imposición de la prisión provisional como medida cautelar.

7. La reforma de la prisión provisional por la Ley Orgánica 13/2003

En este último sentido, hay que destacar que poco después de aprobadas las reformas de la Ley Orgánica 11/2003, se aprobaba la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional. Mediante esta lo se reformó en profundidad el artículo 503 LECrim, revisando los presupuestos y requisitos que han de cumplirse para la imposición de esta medida cautelar. En lo que se refiere a los delitos de violencia doméstica y de género, se establece un régimen especial al prever la posibilidad de dictar prisión provisional cuando simplemente existan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión y con ello se persiga el fin de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima [art. 503.1 ordinal 2 y 3.c)]. Esto es, la reforma de la prisión provisio-

nal tuvo especialmente en cuenta a las víctimas mencionadas en el artículo 173.2, de manera que, cuando se esté ante alguna de ellas, ya no opera el requisito general de que el delito tenga señalada una pena igual o superior a dos años de prisión (22).

8. La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

1. En este contexto aparece la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Con ella se vuelven a reformar casi todos los preceptos del Código Penal que venimos analizando. El aspecto más llamativo de las modificaciones introducidas por esta Ley, y que impregna toda su esencia, es el tratamiento diferenciado que se da a una clase de víctimas: las mujeres (23). Junto a ello, aparece el tratamiento específico de las víctimas especialmente vulnerables que convivan con el autor (24). Y, finalmente, se convierten en delito algunas de las faltas de amenazas y coacciones y se modifica el delito de quebrantamiento de condena.

A) LA AGRAVACIÓN GENERAL DE LOS DELITOS DE LESIONES CUANDO LA VÍCTIMA ES MUJER O PERSONA ESPECIALMENTE VULNERABLE

1. La Ley Orgánica 1/2004 modifica, en primer lugar, el art. 148 CP, donde se prevén los subtipos agravados del tipo básico del delito

(22) Este requisito tampoco opera cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 LECrim).

(23) Tal como establece la propia Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en su artículo 1, el objeto de esta Ley es «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».

(24) La inclusión de los supuestos de víctimas especialmente vulnerables en la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer se lleva a cabo para acallar críticas, especialmente las del Consejo General del Poder Judicial que en su Informe al Anteproyecto de 21 de junio de 2004 se cuestiona la constitucionalidad de varios preceptos. Sobre esta cuestión, *vid.* ALASTUEY DOBÓN, «Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coords. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, pp. 62 ss.

de lesiones. Así, se introduce una nueva agravación de las lesiones previstas en el artículo 147 CP en virtud de la cual, 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, podrán ser castigadas con la pena de dos a cinco años de prisión (art. 148.4). Repárese en que la agravación opera de modo automático, sólo por el hecho de que la víctima sea mujer vinculada o ex vinculada afectivamente al autor. Igualmente, debe llamarse la atención en cuanto a que la agravación tiene lugar aun cuando no haya habido ningún tipo de convivencia. Y, en fin, debe señalarse asimismo que tampoco se requiere habitualidad o reiteración alguna para agravar las penas de las lesiones (25).

2. También se introduce un quinto apartado en el mismo artículo 148 para agravar aquellas lesiones que se produzcan sobre víctimas especialmente vulnerables, siempre que éstas convivan con el autor. Esta nueva agravación tiene una naturaleza diferente a la anterior. La especial vulnerabilidad deberá probarse en cada caso, mientras que si la víctima es mujer se presume *ex lege*. Además, aun recayendo la lesión sobre persona especialmente vulnerable la agravación no operará a no ser que la víctima conviva con el autor.

B) LA REFORMA DEL ART. 153 CP

1. La Ley Orgánica 1/2004 vuelve a reformar el artículo 153 CP, esta vez dándole una redacción coherente con la presunción automática de vulnerabilidad en las mujeres que introduce en los delitos de lesiones del artículo 148 acabados de examinar. El delito queda configurado en función de la clase de víctima de los menoscabos psíquicos o lesiones no definidas como delito o de los maltratos de obra. Ahora pueden diferenciarse tres regímenes:

– En primer lugar, 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, la pena a imponer es la de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comu-

(25) Por consiguiente, si una mujer, en un arrebato, causa una lesión a su pareja, por ejemplo, rompiéndole un dedo, se le castigará con una pena de prisión de seis meses a tres años. Pero si es el hombre quien le rompe el dedo a su mujer (ex mujer o asimilados) la pena a imponer será la de dos a cinco años de prisión. Y ello sin requerir ningún tipo de maltrato habitual. Esto es, basta con una sola vez.

nidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

– En segundo lugar, la misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Aquí, de nuevo y a diferencia de lo que sucede en el caso de la mujer, para apreciar el delito debe demostrarse la especial vulnerabilidad de la víctima.

– En tercer lugar, cuando la víctima no sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a el autor por una análoga relación de afectividad y tampoco sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, pero sí sea una del resto de personas mencionadas en el artículo 173.2, la pena a imponer es la de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años (art. 153.2).

2. Por otro lado, se introduce un apartado cuarto dentro del mismo artículo 153 en el que se prevé la posibilidad de que el Juez imponga la pena inferior el grado a la prevista en los apartados anteriores (esto es, incluyendo también el apartado tercero, en el que se siguen castigando los hechos con la pena en su mitad superior si se producen en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el de la víctima o quebrantando una de las penas privativas de derechos del artículo 48, una medida cautelar o de seguridad), razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho. Repárese en que a la hora de aplicar tanto la rebaja en grado de la pena como el subtipo agravado, el término de referencia de la pena de prisión variará en función de la condición de la víctima. Así, por ejemplo, la aplicación del subtipo agravado del párrafo 3º a la conducta descrita en el artículo 153.2 determinará un mínimo de prisión de siete meses y medio, mientras que ese mínimo se eleva a nueve meses si se aprecia sobre el párrafo 1º del mismo artículo.

C) LA CONVERSIÓN DE LAS FALTAS DE AMENAZAS Y COACCIONES EN DELITOS

1. El delito de amenazas del artículo 171 CP pasa a contar con tres nuevos apartados en los que se van a definir como delito las conductas de faltas de amenazas leves. Ello sucederá cuando la víctima sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (art. 171.4). En tal caso, se prevé una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

En coherencia con las previsiones de los artículos 148 y 153 CP, también se sancionarán como delito las amenazas leves sobre personas especialmente vulnerables que convivan con el autor (art. 171.4, inciso 2.º).

Si las amenazas leves se producen con armas u otros instrumentos peligrosos sobre alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuando las acabadas de mencionar, la pena a imponer es la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años (art. 171.5).

Al igual que sucede en el artículo 153 CP, estas penas se deben imponer en su mitad superior si el delito se perpetra en presencia de menores, o tiene lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realiza quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad. Y también en este ámbito puede imponerse la pena inferior en grado, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho.

2. Algo muy similar sucede en el ámbito de las coacciones. La Ley Orgánica 1/2004 añade un segundo apartado al artículo 172 CP en el que se castigan como delito las coacciones leves constitutivas de faltas sobre quien sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad,

aun sin convivencia. La pena a imponer es la de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Se prevé la misma pena para las coacciones leves ejercidas sobre personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, así como los mismos supuestos de agravación y de atenuación facultativa en un grado que se contemplan en las amenazas y en el artículo 153.

3. En definitiva, por lo que respecta a las amenazas, únicamente no serán constitutivas de delito, sino de falta aquellas que, siendo leves,

a) se produzcan sin armas;

b) sobre algunas de las personas del artículo 173.2, excepto las especialmente protegidas (esposa o ex esposa, mujer ligada en el presente o en el pasado por análoga relación afectividad y personas especialmente vulnerables que convivan con el autor), en cuyo caso serán siempre constitutivas de delito de amenazas.

Estas faltas quedan recogidas en el artículo 620.2 CP como faltas cualificadas, también reformado por la Ley Orgánica 1/2004 y castigadas con una pena agravada en relación con las comunes (multa de diez a veinte días) consistente en la 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 de la persona agraviada o de su representante legal.

En cuanto a las coacciones leves, sólo podrán ser constitutivas de falta (también agravada) si se realizan sobre alguna de las personas del artículo 173.2, excepto las especialmente protegidas (esposa o ex esposa, mujer ligada en el presente o en el pasado por análoga relación afectividad y personas especialmente vulnerables que convivan con el autor), en cuyo caso serán siempre constitutivas de delito de coacciones. La pena a imponer en estas faltas de coacciones es la misma que en el caso de las faltas de amenazas y tampoco se requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Las vejaciones leves y las injurias leves serán siempre constitutivas de falta cualificada cuando se realicen sobre alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 (sin ulterior distinción) y castigadas con la misma pena que en los casos anteriores. Sólo en las

injurias leves es necesaria para su persecución la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

D) EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA (ART. 468 CP)

1. La Ley Orgánica 1/2004 también se ocupa de reformar el delito de quebrantamiento de condena. Este delito ya había sido reformado unos meses antes por la Ley Orgánica 15/2003. En aquella ocasión se introdujo una penalidad específica (prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días) para los supuestos en los que, no estando el sujeto privado de libertad, se quebrantara la prohibición del artículo 57.2. El artículo 57, también reformado por la Ley Orgánica 15/2003, en su apartado segundo, impone al juez la obligación de acordar, como pena accesoria privativa de derechos, la prohibición de aproximación a la víctima o a otros sujetos recogida en el artículo 48.2 por un tiempo de hasta diez años si el delito fuera grave o de hasta cinco si fuera menos grave, en todos aquellos casos en los que la víctima fuera alguna de las personas protegidas que menciona ese mismo apartado y el delito fuera alguno de los previstos en el primer apartado del mismo artículo 57.

2. Pues bien, la Ley Orgánica 1/2004 viene a modificar esta regulación del quebrantamiento de condena. El artículo 468.2 establece ahora que «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». Como puede advertirse, las modificaciones tienen una importante trascendencia. En primer lugar, se eleva la pena de prisión a un mínimo de seis meses y se elimina la posibilidad de imponer la de trabajos en beneficio de la comunidad. En segundo lugar, se configura un tipo específico de quebrantamiento de condena cuando la pena, la medida cautelar o la medida de seguridad se haya impuesto en un procedimiento en el que el ofendido sea alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP.

En lo referente a las penas, el delito de quebrantamiento específico se refiere ahora a todas las penas privativas de derechos incluidas en el artículo 48 CP: privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; prohibición de aproximación a la víctima o a otras personas, de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o frecuentado por ellas y suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos reconocido en sentencia civil; y prohibición de

comunicación con la víctima o con otras personas. Junto al quebrantamiento de estas penas se incluye el de medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza. Téngase en cuenta que, según establece el artículo 544 bis LECrim, el juez puede imponer como medidas cautelares la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas y la prohibición de aproximarse a determinadas personas o de comunicarse con ellas. Finalmente, las medidas de seguridad que presentan la misma naturaleza que las penas privativas de derechos antes mencionadas son algunas de la incluidas en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del artículo 96.3 CP.

III. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

1. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral) viene a culminar una etapa legislativa caracterizada por la adopción de fuertes medidas de lucha contra la violencia doméstica y de género. En el apartado anterior hemos visto la evolución legislativa desde la introducción del delito de violencia doméstica en el Código Penal en el año 1989 hasta la aprobación de la Ley Integral en diciembre de 2004. En este apartado paso a realizar algunas consideraciones en torno a las últimas reformas operadas en esta materia.

2. La conversión de la falta de lesiones o de maltrato de obra en delito cuando se produce en el ámbito doméstico (art. 153 CP), introducida por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se intenta explicar por el mayor desvalor que los actos de violencia representan en dicho ámbito, derivado de las relaciones de confianza mutua que se establecen. Sin embargo, es muy discutible que un bofetón o un empujón en el curso de una discusión, sin existir antecedentes de malos tratos, deba recibir una pena de hasta un año de prisión, sobre todo cuando fuera del contexto doméstico o asimilados sigue castigándose como falta (26).

(26) Así lo ha entendido también el Juez de Instrucción (Juzgado núm. 1 de San Vicente del Raspeig, donde se incoaron diligencias urgentes núm. 2/2004 por

Por vía de ejemplo: un único empujón sobre una persona especialmente protegida ya no recibe el mismo tratamiento que sobre cualquier persona (consistente en faltas), sino que se convierte automáticamente en delito de lesiones (del art. 153 CP): esto es, si la víctima es, por ejemplo, una ex pareja la pena por el maltrato de obra es de tres meses a un año de prisión y, en cambio, si se trata de la vecina, multa de diez a veinte días (27). Como puede observarse esta conversión no sólo posibilita la aplicación de la pena de prisión (algo que nunca podría suceder si estas conductas se calificaran como faltas) sino que además, abre la vía de la prisión provisional (y, por extensión, de la detención policial).

La conversión de la falta de malos tratos en delito operada por Ley Orgánica 11/2003, ha levantado fuertes críticas en la doctrina (28). Así, describe Enrique Gimbernat la realidad en la que nos hallamos

un delito de maltrato familiar), que interpuso una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153 CP, reformado por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, denunciando la vulneración del principio de proporcionalidad por entender que era excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito. Se trataba de «un guantazo en la cara a su compañera sentimental, dentro de una discusión y en presencia de sus dos hijas, no estimándose en la acusación la existencia de ningún hecho anterior de maltrato familiar físico o psíquico entre ambos y causando una lesión que tardó en curar un día sin tratamiento ni incapacidad», que debía ser castigado con la pena de nueve meses de prisión. La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado fue inadmitida por el Tribunal Constitucional mediante el Auto de 7 de junio de 2004 (ATC 233/2004). El Tribunal Constitucional justifica la introducción del nuevo art. 153 CP apelando a la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante el fenómeno de la violencia doméstica y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas (FJ 7º). En síntesis, el Tribunal Constitucional recurre a la doctrina sobre el principio de proporcionalidad en material penal que viene manteniendo en los últimos años y que, en esencia, vacía a este principio de todo contenido. En concreto, el Tribunal Constitucional afirma, como en anteriores ocasiones, que es discrecionalidad del legislador el fijar la cuantía de las sanciones penales y que sólo habría un exceso inconstitucional si existiera «un patente derroche inútil de coacción» que convirtiera a la norma en arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona (FJ 3º).

(27) A partir de la Ley Integral, en el caso de que la víctima del maltrato de obra sea mujer vinculada afectivamente al autor el mínimo de la pena de prisión pasa de tres a seis meses (art. 153.1 CP).

(28) *Vid.*, por todos, MENDOZA CALDERÓN, «Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, pp. 125 ss. Como solución alternativa a la adoptada por el legislador en las reformas operadas por las Leyes Orgánicas 11/2003, 15/2003 y 1/2004, en relación con la conversión de la falta de lesiones en delito en el ámbito doméstico, propone de *lege ferenda* CORCOY BIDA-

diciendo que: «cuando se pretende explicar –y ésa es, en efecto, la única explicación plausible– por qué la conducta de dar un único empujón a la pareja se ha transformado de falta en un delito de lesiones, y que la pena prevista para ese comportamiento puede ser la de siete meses a un año de prisión (art. 133, introducido por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre), y que una única coacción leve del hombre sobre su pareja femenina va a ser castigada con prisión de seis meses a un año (art. 130 del Proyecto contra la violencia de género), con el argumento de que esas acciones aisladas constituyen un indicio de que en el futuro el autor puede cometer ulteriores actos de violencia o de coacciones, los principios que con todo ello se están llevando a la práctica son los mismos que, en su día, inspiraron la Ley de Vagos y Maleantes, y su sucesora, la de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que aplicaban medidas de seguridad predelictuales privativas de libertad sobre la base, no del hecho cometido, sino de los que el autor –por su «estado peligroso»– podía llegar a cometer» (29).

La cuestión que merece consideración es la siguiente: ¿puede la percepción social de la insuficiente protección de las víctimas de violencia doméstica legitimar el cambio de paradigma en este ámbito? Esto es: ¿pasar de castigar como delito lo que antes era falta cuando la víctima es persona especialmente protegida? Frente a un primer manotazo o empujón la demanda de mayor protección sólo se explica si se conecta con el fenómeno de la violencia doméstica en su globalidad. Un bofetón se valorará así como inicio de una posible escalada de violencia, como riesgo futuro de una situación de malos tratos habituales e incluso de homicidio. Agravar la pena como respuesta a

SOLO, «Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género», en *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 2006, pp. 175 s., calificar como delito cualquier conducta adecuada *ex ante* para provocar un menoscabo en la salud, independientemente de cuál sea el concreto resultado producido, quedando como faltas exclusivamente los malos tratos (es decir, una bofetada leve, un empujón) y las lesiones por imprudencia leve. Considera la autora que esta solución haría innecesarias las mencionadas reformas y obviaría la posible inconstitucionalidad de las mismas.

(29) GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo a la décima edición», *Código Penal*, ed. Tecnos, 2004, p. 20. En idéntico sentido, en relación con la seguridad ciudadana y el problema de la multirreincidencia, SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura», en AA.VV., *La seguridad en la sociedad del riesgo*, 2003, pp. 117 ss.

ese primer bofetón implica que una parte de la misma en realidad responde a la peligrosidad criminal futura (30).

La idea es, pues, reprimir con penas desproporcionadas (es decir, que no corresponderían a la gravedad reconocida del hecho) cualquier conducta que pudiera propiciar a largo plazo un homicidio. De hecho, el concepto de peligro futuro es la única base para castigar más severamente en estos casos los meros malos tratos (art. 153). Con el castigo desproporcionado de estos actos, en realidad, a la pena que les correspondería se le suma una «pena» añadida por la peligrosidad futura que parecen implicar. Tal «pena», como fácilmente puede deducirse no tiene carácter de pena en sí, sino el de medida de seguridad.

3. Hasta aquí la medida introducida en el artículo 153 por Ley Orgánica 11/2003 (esto es, la conversión de las faltas de lesiones y maltrato de obra en delito) puede ser considerada inapropiada desde la perspectiva político-criminal, pero no hay razones para cuestionar su constitucionalidad. No hay que olvidar el hecho de que la ley prevea como pena alternativa a la de prisión la de trabajos en beneficio de la comunidad (siempre contando con el consentimiento del condenado), lo que permite al juez valorar ese factor de riesgo futuro a la hora de escoger la pena. Para los casos de menor gravedad debería el tribunal optar por no aplicar la pena de prisión. Y, en cambio, reservar la pena de prisión para los casos más graves, es decir, aquellos en que haya indicios de peligrosidad futura inmediata. A partir de la Ley Integral el juez cuenta además con la facultad de aplicar la pena inferior en grado prevista en el núm. 4, artículo 153, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho (31).

(30) De ahí que, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado Penal de Sabadell núm. 157/04, de 11 de mayo de 2004, se absuelva al acusado de cometer un delito del art. 153 por «ausencia de situación objetiva de riesgo para la mujer».

(31) *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) de 16 de marzo de 2006 en la que se condenan los dos episodios violentos del acusado dirigidos contra su compañera sentimental aplicando los arts. 171 y 173 CP, si bien imponiendo los subtipos privilegiados que se contienen en el núm. 6 del artículo 171 y en el núm. 4 del artículo 153. Esta posibilidad de rebajar la pena en grado que introduce la Ley Integral ha sido criticada en la doctrina por QUERALT I JIMÉNEZ, «La última respuesta penal a la violencia de género (1)», *La Ley*, 13 de febrero de 2006, considerando que expresa la falta de una política criminal decidida. En mi opinión, más bien representa el reconocimiento por parte del propio legislador de que en este punto se ha llegado demasiado lejos.

4. Con todo, pese a que la Ley Integral introduzca la posibilidad de rebajar la pena en un grado en los supuestos de maltrato de obra o lesión no constitutiva de delito en que se haya de condenar por el artículo 153 (medida extensible a las amenazas y coacciones leves previstas ahora como delito en los arts. 171.4 y 172.2), de ello no cabe deducir que la misma venga a suavizar la respuesta penal al fenómeno de la violencia doméstica. Todo lo contrario, la Ley Integral opta por una solución extremadamente judicializada y punitivista del problema, sin profundizar en sus múltiples y complicadas causas.

Cuando se trata de indagar sobre las causas de la violencia de género normalmente se distinguen las de *carácter social*, que responden a unos determinados patrones culturales, de las *psico-individuales*. Entre las primeras se apuntan: la desigualdad de sexos, derivada de la vieja y desigual distribución del poder entre hombres y mujeres en la sociedad, las relaciones de sumisión y dependencia de la mujer respecto al hombre (hombre encargado de cumplir el rol de proteger a la mujer y ésta el de obedecerlo), la tolerancia de la violencia masculina por parte de la sociedad e incluso por parte de la mujer. Entre las *causas individuales* de este fenómeno se alude con frecuencia al consumo de alcohol y drogas, situaciones de estrés, frustraciones y sentimientos de inferioridad, impotencia, celos, desempleo, etc. También se mencionan las situaciones de violencia vividas en la infancia en las que el mejor argumento es la violencia (reproducción de patrones interiorizados) (32). No obstante, el fenómeno es suficientemente complejo para no caer en estereotipos. Ninguno de los factores mencionados explica por sí solo la conducta violenta (33).

En este sentido, una Ley integral debería tener el carácter de codificadora de una normativa ya existente y venir a completar las carencias existentes, sobre todo en los ámbitos de actuación asistencial,

(32) Sobre las causas y los efectos que produce en la mujer una situación de violencia prolongada, *Vid.* LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal*, 2001, pp. 65 ss., pp. 116 ss.

(33) De hecho, difícilmente hallaremos un único factor desencadenante de la violencia doméstica. Con frecuencia, se combinarán factores de carácter social con otros de carácter individual. Así, por ejemplo, el alcohol combinado con una personalidad que ha interiorizado determinados patrones culturales de dominación y de sometimiento por parte de la pareja, puede desembocar fácilmente en el recurso sistemático a la violencia para mantener el dominio sobre la mujer. *Vid.* una exposición de las distintas teorías que intentan explicar las causas que desencadenan la violencia de género en FALCÓN CARO, *Malos tratos habituales a la mujer*, 2001, pp. 42 ss.

educativo, sanitario y laboral (34). Sin embargo, la mitad del articulado de la Ley Integral se refiere a medidas jurídico-penales y judiciales. Por consiguiente, parece que la última reacción del Estado ante el fenómeno se ha hecho depender, una vez más, de jueces y fiscales. Tal como advierte el Informe del Consejo General del Poder Judicial al «Anteproyecto de lo integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres», de 24 de junio de 2004, se llega así a judicializar un problema social (35). En efecto, lo que resulta sorprendente de la nueva Ley Integral no es que se prevean medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, sino que el núcleo de tales medidas vuelva ser la modificación de las normas del Derecho penal. Nuevas normas que modifican otras normas que tan sólo está vigentes desde hace unos meses. ¿Cómo saber que no son suficientes? ¿Cómo evaluar su eficacia?

En realidad, la Ley Integral esconde, bajo un velo de ultraprotección, la imposibilidad de combatir el fenómeno de la violencia de género por medio de políticas sociales adecuadas. Y hay que tener en cuenta que un exceso de proteccionismo puede fomentar actitudes contrarias al reconocimiento de la mujer como ser autónomo y responsable, pudiendo incluso atentar contra la dignidad de la mujer, que se ve cuestionada cuando se le presume una especial vulnerabilidad en el marco de las relaciones de pareja. Difícilmente se puede explicar de otro modo su condición de persona hiperprotegida en la nueva redacción de los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP.

Insistiendo en esta cuestión, entiendo que el enfoque general de la Ley Integral en el ámbito penal no es acertado. Parte de la idea general de que la mujer se halla en una relación de dominación y subordinación respecto del hombre *siempre* (36). Y esa presunción justifica

(34) Así, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al «Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres», de 24 de junio de 2004, p. 14.

(35) Dice el Informe del Consejo General del Poder Judicial al «Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres», de 24 de junio de 2004, p. 14, que «en muy buena medida la reacción del Estado ante la violencia no doméstica sino sobre la mujer, se hace depender de jueces y tribunales. Tal opción implica judicializar un problema social mucho más diverso que lo que pueda ventilarse ante y por los jueces. Habría que advertir que la intervención judicial es siempre la última, que el juez interviene cuando ya hay un conflicto –en no pocos casos gestado a lo largo de los años– de ahí que sea un error pensar que la solución principal está en el juez, especialmente en el ámbito penal».

(36) A favor de esta postura sostiene LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», *RECPC*, 07-08 (2005), 08:14, que la premisa legitimadora de las figuras destinadas a proteger de modo más

que siempre que la víctima sea una mujer, reciba más protección que un hombre, que ancianos o niños (automáticamente, es decir, sin necesidad de probar que se trata de una víctima especialmente vulnerable) (37). En efecto, mientras que para considerar a un menor o un anciano persona especialmente vulnerable deben cumplirse los requisitos de convivencia con el autor y de prueba concreta en el proceso de esa especial vulnerabilidad, la mujer vinculada afectivamente al sujeto activo es considerada en todo caso persona especialmente vulnerable y, por ello, se la hiperprotege (38). Por otro lado, la consideración del hombre como único sujeto activo de los subtipos agravados de los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP es un error, por la sencilla razón de que la mujer no obtiene más protección por el hecho de que se le proteja de manera especial (hiperprotección) sólo a ella y no al resto de posibles víctimas de violencia (39). La Ley

intenso a la mujer parten del «reconocimiento de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en la sociedad de nuestros días. Sólo cuando no se admite esa posición subordinada de la mujer respecto del varón en el contexto social y se parte, por el contrario, de una pretendida paridad entre hombres y mujeres, tiene sentido que se reclame el trato igualitario de todos ellos frente a eventuales –e indiferenciados– actos –mutuos– de violencia». En contra, sostiene el Informe del Consejo General del Poder Judicial al «Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres», de 24 de junio de 2004, pp. 24 y 25, que el hombre y la mujer parten de la misma situación de tutela por el derecho, por lo que no se explica un tipo penal diferente que otorgue una superprotección de la libertad de la mujer, a costa de una mayor restricción de la libertad del varón, como la que deriva del endurecimiento de la pena prevista en el tipo penal.

(37) Tal como advierten BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal», *La Ley*, 14 de diciembre de 2004, «se produce la impresión de que la ley presume una mayor vulnerabilidad de la mujer, que siendo cierto en el plano social y en relación con la condición de mujer, puede no serlo en la situación concreta y real, atribuyéndole al autor lo que sería obra de otros». Y añaden acertadamente que «esta atribución de responsabilidad con carácter general es incompatible con los principios del Derecho penal moderno en un Estado de Derecho, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad “concretos” por el hecho propio, y no por hechos ajenos».

(38) *Vid.* Auto del Juzgado de lo Penal Castilla y León, Valladolid, (Sección 1ª), 4 de noviembre de 2005, ponente Ortiz Sanz, en el que se cuestiona la constitucionalidad del artículo 153.1 CP, destacando la clara situación de desventaja que en relación con dicho precepto se aprecia en supuestos como la violencia intrafamiliar sobre ancianos o niños, señalando que se trata de grupos que tienen una mayor limitación en cuanto a la defensa y posibilidad de denuncia del hecho y respecto a los cuales se habla de «cifras negras» en cuanto a la estadística de los casos en que son objeto de maltrato en el ámbito familiar.

(39) Que el sujeto activo haya de ser necesariamente un hombre y el sujeto pasivo, una mujer, se deduce del propio artículo 1.1 de la Ley Integral. En el mismo

penal debería abarcar cualquier relación de subordinación y violencia, con independencia del sexo de la víctima, situación de subordinación que debe ser probada *siempre* en el caso concreto.

5. En relación a la agravación general de los delitos de lesiones que introduce la Ley Integral cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable, cabe hacer algunas críticas: que hay lesiones más graves que otras por razón de los instrumentos empleados (con armas), por la forma de comisión (ensañamiento o alevosía), o por la especial vulnerabilidad de la víctima (menores de doce años o incapaces), está claro y es justificable. Precisamente por ello se prevé un subtipo agravado en el artículo 148 CP que contempla estas situaciones y las castiga con la pena de prisión de dos a cinco años. Pero de ningún modo puede justificarse que se presuma esa vulnerabilidad en las esposas o novias, sólo por el hecho de ser mujeres (40). Y de ningún modo puede justificarse que las lesiones producidas sobre ancianos (hombres) o en niños o niñas de, por ejemplo, 13 años no se presuma una vulnerabilidad, por lo menos idéntica, a la que se pretende atribuir a la mujer.

Es cierto que puede suceder, y a menudo será así, que la mujer se halle en una situación de especial vulnerabilidad por el contexto de violencia habitual al que se encuentre sometida. Pero esta situación ya es tenida en cuenta en el artículo 173.2, que, como ya se ha afirmado antes, castiga precisamente el haber generado esa situación de indefensión y atentado contra la integridad moral y —esto es fundamental— no impide, castigar, además y por separado, los concretos actos de lesiones. Pero no sólo ya tenemos un artículo 173.2. Además, si realmente concurre una situación de dominación y sometimiento en el caso concreto, y ello no debe presumirse legalmente siempre que la víctima sea una mujer, ya contamos con una agravante genérica por razón del parentesco (41), otra por razón del abuso de

sentido, la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado de 18 de julio de 2005, al establecer los criterios de aplicación de la Ley Integral, afirma que «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, aún sin convivencia».

(40) Admitir lo contrario nos coloca en una situación de presunta debilidad insoportable en el momento actual que no hace más que alentar viejos fantasmas como los que identifican a la mujer con el «sexo débil».

(41) Con la Ley Orgánica 11/2003 se ha modificado el artículo 23 CP, extendiéndose el parentesco a los que hayan sido cónyuges o hayan estado ligados de

superioridad y, por si fuera poco, tenemos otra de discriminación por razón de sexo (¡art. 22. 4º!) (42).

6. Todo ello nos lleva directamente a la cuestión de la **discriminación positiva**. En términos generales la discriminación positiva es adecuada cuando se trata de políticas dirigidas a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, equilibrándolos con otros grupos que por cualquier razón aparecen como más favorecidos. Se trata de intentar igualar la situación de quien está en desventaja. Ahora bien, en la Ley integral se contienen medidas que comportan directamente un perjuicio para los hombres. En el ámbito de la justicia, y del Derecho penal, no hay desequilibrio, de manera que cualquier medida que tienda a favorecer a un grupo de personas, supone el perjuicio directo para los que queden fuera. No es discriminación positiva sino una medida irrazonable la de castigar más idénticos comportamientos si el hombre es quien los realiza. E igualmente irrazonable es crear juzgados sólo para las mujeres, es decir, de cuantas ventajas no pueden beneficiarse los hombres pese a que se hallen en la misma situación objetiva.

7. En definitiva, del conjunto de las últimas reformas en materia de violencia doméstica y de género, cabe realizar las siguientes consideraciones político-criminales: en primer lugar, se están tratando del mismo modo fenómenos diferentes (así, claramente en el art. 173.2, modificado por Ley Orgánica 11/2003, y en la Ley Integral, donde se mezclan violencia de género, doméstica y asisten-

forma estable por análoga relación de afectividad. Es decir, que la circunstancia de parentesco alcanza ahora a ex cónyuges y equivalentes.

(42) Si además añadiéramos una nueva agravante genérica por razón de machismo, como proponen en la doctrina COMAS D' ARGEMIR CENDRA, «La Ley Integral contra la Violencia de Género. Nuevas vías de solución», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, p. 50, y QUERALT I JIMÉNEZ, «La última respuesta penal a la violencia de género (1)», *La Ley*, 13 de febrero de 2006, entiendo que habría que eliminar buena parte de las modificaciones introducidas en el Código Penal en los últimos años en materia de violencia doméstica. Entre ellas, por supuesto, la inclusión de un subtipo agravado de lesiones como el previsto en el apartado 4º del artículo 148 (cuando la víctima es mujer). Seguramente ésta sería una solución más razonable y menos distorsionadora. Pero, ¿podemos agravar la responsabilidad del autor basándonos en el componente «machista» que hay detrás de muchas de las agresiones de hombres sobre mujeres? Si ese componente se halla en la base social y se arrastra históricamente hasta nuestros días, ¿es lícito cargar al individuo con ese reproche social? ¿no vulneramos el principio de culpabilidad? A mi entender, para no infringir el principio de culpabilidad siempre habrá que probar en el caso concreto que el sujeto ha actuado por móviles machistas.

cial) (43). En segundo lugar, con el castigo como delito de conductas que en sí son de faltas (conversión iniciada con el delito del art. 153), la filosofía que está detrás es la de la agravación de la respuesta punitiva por la peligrosidad criminal. En tercer lugar, no existe un interés diferenciado que legitime las principales medidas jurídico-penales adoptadas por la Ley Integral, por cuanto la eliminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres no puede erigirse en bien jurídico-penal. En cuarto lugar, con la Ley Integral se está introduciendo una medida de discriminación positiva en un ámbito en el que no hay desigualdad de partida, esto es, en la legislación penal. Por ello, la mayor protección que se otorga a la víctima mujer en detrimento de otras personas no se justifica y atenta claramente contra el principio de igualdad. De ahí, que haya que cuestionar la constitucionalidad de algunos de los preceptos del Código Penal reformados por la Ley Integral, no siendo posible salvar la objeción de inconstitucionalidad por vía interpretativa, sin forzar demasiado los tipos penales (44).

(43) Insiste en la necesidad de separar violencia doméstica de violencia de género, proponiendo un tratamiento penal autónomo para cada fenómeno, LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», *RECPC*, 07-08 (2005), 08:4. En el mismo sentido, MAQUEDA ABREU, «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», *RECPC*, 08-02 (2006), 02:4.

(44) Respecto a esto último, de acuerdo, Auto del Juzgado de lo Penal Castilla-La Mancha, Albacete (Sección 2ª), 11 de noviembre de 2005, ponente Santamaría Matesanz. De otra opinión, BOLDOVA PASAMAR Y RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, pp. 29 ss., quienes, en un loable esfuerzo por salvar la tacha de inconstitucionalidad de la nueva protección penal dispensada por la Ley Integral, proponen interpretar los tipos cuya constitucionalidad se cuestiona a partir de un doble fundamento material que limitaría su aplicación únicamente a «aquellos hombres a quienes se debe atribuir responsabilidad penal en concreto por ejercer de forma violenta una posición dominante en la relación de pareja con una mujer, basada en una actitud discriminatoria hacia la misma por razón de su sexo». La doble exigencia de abuso de la relación de poder y de motivos discriminatorios salvaría, como apuntan estos autores, el reproche de que el hombre siempre es castigado por violencia de género, aunque no haya habido abuso de relación de poder. Pero no evitaría cuestionarse la exclusión sistemática de la mujer como posible autora de las agravaciones previstas en aquellos tipos que exigen que el sujeto activo sea hombre y el sujeto pasivo, mujer vinculada a él afectivamente (excluidos quedarían también los hombres en relaciones homosexuales). En cualquier caso, entiendo que la interpretación teleológica propuesta por Boldova Pasamar y Rueda Martín no es admisible por suponer una reducción teleológica por debajo del núcleo conceptual básico del tipo.

Concretamente, considero que deberían ser declarados inconstitucionales los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP, que prevén una agravación de la pena para el autor (hombre) siempre que el sujeto pasivo «sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». La tacha de inconstitucionalidad básicamente derivaría de vulnerar el principio de igualdad y de no respetar el principio de culpabilidad. Efectivamente, el artículo 14 CE se ve vulnerado cuando una misma conducta objetiva es tipificada como delito o falta en función del sexo del sujeto pasivo (*vid.* arts. 171.4 y 172.2), y también cuando se prevén subtipos agravados (distintos niveles de protección) en atención al sexo del sujeto pasivo (art. 153.1 CP) (45). Por su parte, el principio de culpabilidad resulta infringido cuando se agrava la pena del autor (hombre) partiendo de que estadísticamente la mayoría de casos de violencia ejercida sobre la mujer se basan en situaciones de desigualdad y de dominación del hombre hacia la mujer, sin tener en cuenta otras posibles causas de dicha violencia y, lo que es más grave, sin necesidad de probar en el caso concreto que se ha actuado abusando de esa situación de dominación y por móviles discriminatorios (46).

(45) Según Auto del Juzgado de lo Penal Comunidad Valenciana, Orihuela, (núm. 1), 12 de diciembre de 2005, ponente Martínez Aroca, la inconstitucionalidad del art. 171.4 «surge por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado y por no justificar adecuadamente el tratamiento punitivo de la amenaza leve contra la mujer». En el mismo sentido, pero en relación al art. 153.1 CP, el Auto del Juzgado de lo Penal Castilla-La Mancha, Albacete, (Sección 2ª), 11 de noviembre de 2005, ponente Santamaría Mate sanz, se cuestiona la constitucionalidad del precepto por considerar que establece «un tipo agravado de violencia en la pareja no en función del hecho o acción típica sino en función del sexo de uno de sus miembros, sin que ello suponga una legítima discriminación positiva sino una pretendida sobreprotección de la mujer que genera por exceso efectiva desigualdad en materia como es el Derecho penal, que no la admite». Y añade que «la opción del legislador creando tipos agravados en función del sexo del sujeto pasivo del delito, en un claro adelanto de las barreras punitivas, es una opción arriesgada y dudosamente constitucional que abre la vía a futuras discriminaciones por razón de raza o religión si se comprueba que sus miembros pertenecen a un grupo potencialmente peligroso, con base en estudios estadísticos (véase el integrismo islámico) y discutible en sus resultados (...)».

(46) Cfr., en este sentido, Auto del Juzgado de lo Penal Castilla-La Mancha, Toledo, (Núm. 2), 1 de diciembre de 2005, ponente Rivas Carreras, en el que se promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 153.1 CP, por entender que el mismo «establece una presunción que no admite prueba en contrario al desprenderse del mismo que toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas masculinas constituye una manifestación de la discriminación: la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las muje-

8. A modo de conclusión final, cabe advertir que todavía es demasiado pronto para evaluar los efectos que puede tener la nueva batería de medidas para la lucha contra la violencia doméstica y por razón de sexo. Normalmente, las agravaciones de las penas no tienen efecto preventivo alguno. No es más eficaz una política criminal que lleva al legislador a aplicar penas más duras. Es bien sabido que más importante que la gravedad de la pena es la certeza de que se va a imponer una pena. En la mayoría de los casos tales elevadas penas o bien no se conocen o bien no desempeñan papel alguno en el momento de cometer la conducta delictiva. Es cierto que la confianza en la impunidad de los actos de violencia doméstica se va disminuyendo progresivamente, pues la presión social y jurídica ha aumentado considerablemente. Pero también debe reconocerse que en muchos casos el descubrimiento de sus actos no juega un papel desincentivador alguno, pues se sabe que algunos maltratadores asumen e incluso denuncian sus hechos ante las autoridades. Otros llegan a suicidarse.

Más útil que seguir endureciendo la reacción penal sería concentrarse en mejorar los medios para garantizar una protección efectiva de las víctimas (especialmente, de las que han hecho constar ante el juzgado su situación de malos tratos). Y allí donde el Estado no es capaz de garantizar su seguridad vital, apostar por que la misma adopte medidas básicas de autoprotección. En este sentido, como es materialmente imposible que cada mujer víctima de malos tratos se haga acompañar por un policía, y los aparatos electrónicos difícilmente impiden que se acaben consumando los lamentables resultados por todos conocidos, en los casos de mayor riesgo lo más razonable sería que la víctima estuviera lo más preparada posible para repeler la agresión en los términos propios de la legítima defensa (47). Por supuesto, la defensa frente al agresor

res, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o han sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, y ello sin tener en cuenta pues otros posibles orígenes de dicha violencia (celos, venganzas, etc.)».

(47) Hay que tener en cuenta, como apunta ASÚA BATARRITA, «Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre», en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 1, 2004, p. 208, que el «peligro de repetición» en estos casos no es indeterminado en cuanto a eventuales víctimas o en cuanto a la ocasión o el lugar, puesto que la peligrosidad del agresor aparece claramente dirigida hacia la mujer ya victimizada, los hijos o determinados allegados, siendo bastante previsible la clase de agresión que puede temerse.

para ser legítima habrá de respetar los requisitos establecidos en el artículo 20.4 CP, sin que quepa flexibilizar ni desvirtuar los presupuestos dogmáticos de dicha figura (48).

(48) De otra opinión, quienes se muestran partidarios de una interpretación más flexible de los requisitos de la legítima defensa (especialmente, la actualidad de la agresión y la racionalidad del medio) para evitar que no se pueda utilizar por las víctimas de violencia doméstica, *Vid.*, por todos, LARRAURI PIJOAN, «Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho», en LARRAURI/VARONA, *Violencia doméstica y legítima defensa*, 1995, pp. 31 ss. Críticamente, SUÁREZ LÓPEZ, «Legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica», en *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 257 ss.

Técnica legislativa y antijuridicidad (*)

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO

Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Sobre la circunstancia mixta de parentesco, a modo de introducción.—II. Reflexiones sobre el tipo objetivo de estas figuras.—III. Reflexiones sobre el tipo subjetivo.—IV. Un último apunte sistemático.

I. SOBRE LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO, A MODO DE INTRODUCCIÓN

Según el actual artículo 23 del Código Penal español: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente». Ya la definición de una circunstancia como la que prevé este precepto permite inferir algunas de las importantes particularidades que —también de *lege ferenda*— muestra la categoría de la antijuridicidad. La introducción de una cláusula que dispone el recurso a la analogía dentro de la definición legal de parentesco, «análoga relación de afectividad» dispone nuestro legislador, revela que estamos ante un problema bien distinto del que nos ha ocupado

(*) Este trabajo fue elaborado durante una estancia de investigación realizada entre los meses de julio y septiembre de 2005 en la Universidad degli Studi di Firenze, y es deudor de los comentarios y sugerencias realizados por los profesores doctores Francesco Palazzo, Roberto Bartoli y Francesco Cingari, a quienes reitero mi agradecimiento.

en trabajos anteriores (1). Principios –como el de determinación o proporcionalidad– que permiten erigir y desarrollar materiales de *lege ferenda* en sede de tipicidad, se manifiestan aquí más sutilmente. No obstante, de los distintos pronunciamientos doctrinales, se infieren referencias para ir abriendo poco a poco el camino.

Así, por ejemplo, en relación con la cláusula mencionada, señala Cerezo Mir, que la introducción de «la análoga relación de afectividad implica una aplicación de la ley penal por analogía, que es contraria al principio de legalidad, cuando dé lugar a la apreciación del parentesco como circunstancia agravante (analogía *in malam partem*)» (2). Aun cuando la extraña cláusula que hace referencia a la analogía en este artículo dificulta establecer –y ello pese a la terminología empleada– si estamos realmente ante una habilitación legal de este procedimiento de integración o, como entienden otros, ante una cláusula abierta similar a otras que se prevén en la parte especial del Código Penal (3), se puede avanzar ya que el legislador se ha mostrado poco afortunado en la redacción de este Capítulo quinto del Título primero. Porque tenga o no razón este penalista en su crítica a la formulación legal de dicha cláusula, la diferente relación que man-

(1) Principalmente v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», *RDPC*, 2005/16, *passim*.

(2) CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español, PG II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 401, advirtiendo que «al estar proclamado el principio de legalidad en la Constitución (art. 25), el artículo 23 [del Código Penal] es, en este aspecto, anticonstitucional», con ulteriores referencias a favor y en contra de su postura en n. 129. En un sentido próximo, muestra sus dudas desde la perspectiva del principio de legalidad y el mandato de determinación MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 628 marg. 53. De otra opinión, BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», en Quintero Olivares, G./Morales Prats, F. (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 116, entiende que tal «interpretación analógica es fruto de la misma ley y que, por tanto, no debe plantear mayores problemas». En esta línea, con matices, ya TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal», *CDJ, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1995, pp. 83 y s. Sobre su incidencia en la jurisprudencia, también v. MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante de parentesco*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 15 y ss.

(3) Si bien compartimos la crítica de CEREZO, pues la misma deja abierta su posible extensión a supuestos (relaciones de amistad, etc.) que, en principio, no se comprenden en su voluntad ni en su tenor literal, pese a su carácter abierto. Para la distinción entre analogía e interpretación extensiva, v. el mismo, *Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 208 y ss.

tienen las circunstancias atenuantes y agravantes —de momento— con el principio de legalidad aconseja su introducción y previsión en preceptos separados (4), particularmente cuando se introducen fórmulas tan abiertas en su definición legal.

Para evitar estos problemas, Díez Ripollés propone la siguiente definición del parentesco: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor, o persona a la que se halle ligado por especiales vínculos de amistad o afecto» (5). Desde la perspectiva apuntada, este modelo, según entiende con su maestro, incorporaría una cláusula general asumible —en principio— sin problemas en nuestra legislación penal. Una vez que se suprime la referencia a la analogía, la definición resultante permite superar en buena medida las dificultades que plantea la actual definición del artículo 23 del Código Penal en relación con el principio de legalidad. Ahora bien, aquí no se acaban sus exigencias, y de ahí las dudas que genera esta solución. Porque el modelo de cláusula mixta que propone Díez Ripollés, pese a suprimir las referencias señaladas, se muestra algo oscuro en lo referente al perfil de los principios y razones político-criminales que rigen la interpretación, desarrollo y aplicación de esta circunstancia. Con otras palabras, si se entiende que la *ratio* que subyace a esta circunstancia, el motivo de su función atenuante o agravante, consiste en la infracción de deberes inherentes a las relaciones recogidas en el artículo 23 del Código o en el mayor o menor reproche que deriva de

(4) No obstante, v. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1973, pp. 37 y ss. En sentido contrario, a su vez, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 400 y ss., quien propone de *lege ferenda* suprimir el inciso comentado, circunscribiendo la circunstancia al ámbito del parentesco, de forma que sea posible su aplicación como atenuante por analogía (a través del art. 21.6 CP), pero nunca como agravante. En esta línea también sugiere GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», CDJ, *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1995, p. 36, sustituir la citada cláusula, o «cuanto menos añadir una exigencia de permanencia o relación estable de convivencia». Una posibilidad distinta apunta BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, p. 118, consistente en la introducción de tipos delictivos específicos.

(5) Díez RIPOLLÉS, J. L., «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *La Ley*, 1993/2, p. 906. Siguiendo al anterior CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 401.

las mismas (6), entonces quizá la fórmula no tenga por qué concretar hasta en sus últimos detalles la clase de deberes que fundamenta la exigente, esto es, si se trata de deberes estrictamente jurídicos o, por el contrario, procede acentuar otros aspectos o/y ampliar su marco a otro tipo de relaciones sociales que quedan incluso, más allá de la constitución jurídica de nuestra sociedad (7). La flexibilidad que pre-

(6) Así, por ejemplo, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 353. De otra opinión CÓRDOBA RODA, J., «El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal», *ADPCP*, 1967, pp. 175 y ss., quien agota el significado de esta circunstancia en lo injusto. Siguiendo a su maestro, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 629 marg. 56. En un sentido próximo, sobre el *plus* de peligrosidad que concurre en estos supuestos, STS 22 de diciembre de 2003 (A. 615), fundamento jurídico tercero. En sentido contrario, BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, cit. n. 4, pp. 16 s., atiende la «actitud psicológica... resultante del sentimiento de intereses comunes, destino común, honor común, afecto..., que influye en el ánimo del sujeto, en el mundo de motivaciones del autor», y estima, p. 39, en consecuencia, que «han sido consideraciones en torno a la culpabilidad del autor las tomadas en cuenta por el legislador en la creación de la circunstancia». A juicio de este penalista, *op. cit.*, p. 54, «en la circunstancia de parentesco no basta la existencia del vínculo familiar sino que es necesario el cumplimiento de una ulterior exigencia... un sentimiento de vinculación afectiva derivado de la conciencia de pertenecer a un grupo de intereses comunes», precisando, p. 55, que no se trata de «la existencia de cariño..., sino la existencia de un sentimiento de vinculación especial derivado del contenido ético del parentesco». En este último sentido, v. BAJO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, pp. 40-4, 54 ss., 59 ss., 75, 93, 102-4, 131, 135 ss. En esta línea, también, GARCÍA PLANAS, G., «Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco», *RGD*, 1996/625-626, pp. 11229, 11230 y 11237. Con matices ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio General*, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 745 ss. Críticamente, sobre este tipo de posturas, v. SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, J., «Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal», *AP*, 1999/1, margs. 225, 229 ss. Críticamente, a su vez, sobre la postura de este último autor, BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, p. 108 n. 26, quien apunta, *op. cit.*, pp. 119 s., una posible vía de solución a partir del uso/abuso que de la relación familiar se haga en la comisión de los hechos. Sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial, recientemente v. STS 21 de septiembre de 2004 (A. 6382), fundamento jurídico cuarto.

(7) En esta segunda línea, recientemente, v. STS 9 enero 2004 (A. 239), fundamento jurídico primero, donde se asienta esta circunstancia en «la relación personal existente» entre los actores. También STS 21 de septiembre de 2004, (A. 6382), fundamento jurídico cuarto. En nuestra doctrina ya BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *El parentesco en el Derecho penal*, cit. n. 4, pp. 15 ss., 29 ss., 143-4 y 148, acentuando el contenido vinculante de carácter ético frente al significado jurídico. Más recientemente BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, pp. 109 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Incidencia de la posición o situación personal, pública y pri-

cisa una categoría como la antijuridicidad, especialmente desde consideraciones de política criminal, desaconseja tal grado de casuismo en sede de ley (8). Ahora bien, cuanto más se amplíe el catálogo y heterogeneidad de los elementos que se recogen en su definición legal tanto más se diluye la *ratio* del precepto. Por ello la introducción de otro tipo de vínculos, como por ejemplo, las relaciones de amistad y similares (9), se traduce en problemas bien concretos: ¿la existencia de un especial vínculo de amistad debe funcionar también como atenuante en los delitos contra el patrimonio? En principio, de otros pronunciamientos recogidos en el Código Penal, y en particular, de la excusa absolutoria que se prevé en su artículo 268, podemos inferir que no (10). Sin embargo, de la fórmula que propone Díez Ripollés no se deduce ningún aspecto que permita orientarnos en un sentido u otro. La solución propuesta por este penalista frente a la actual definición legal, y pese a que, ciertamente, permite superar los

vada, en la responsabilidad criminal», cit. n. 2, pp. 85 s. No obstante, v. SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, J., «Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal», cit. n. 6, margs. 229 ss.

(8) Con carácter general, v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymanns, Köln, 1983, p. 294.

(9) Si bien no supone novedad alguna, cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *La atenuante y la agravante de parentesco*, cit. n. 2, pp. 12 s.

(10) En concreto, establece este precepto en su número 1: «Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación»; mientras que en su número segundo aclara: «esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito». Más allá del tenor literal de esta cláusula, y componentes como la exigencia de convivencia entre los afines en primer grado, también propuestas de interpretación como, por ejemplo, la realizada por BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, cit. n. 4, pp. 75, 81 y 102, quien concreta su razón, básicamente, en la conciencia de saberse perdonado y una representación imprecisa de la gravedad de la conducta por parte de los actores, muestran resistencia a una relajación de los vínculos de esta circunstancia. En un sentido próximo, anteriormente, también CÓRDOBA RODA, J., «El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal», cit. n. 6, pp. 182 s. No obstante, en relación con los delitos contra el patrimonio, v. lo apuntado BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, p. 120. Sobre esta cuestión, en nuestra jurisprudencia recientemente, v. STS 18 de noviembre de 2004 (A. 7545), fundamento jurídico segundo.

problemas que plantea su referencia a la analogía, dificulta en mayor medida la comprensión de la *ratio* y criterios de ponderación que también introduce la circunstancia mixta de parentesco. De la mayor parte de relaciones que se recoge en la misma, «cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adopción o afín en los mismos grados del ofensor», e incluso de los «especiales vínculos de... afecto» que también propone introducir, se infiere una clase –más o menos– homogénea de relación entre los distintos actores del proceso lesivo. Frente a ello, un elemento como la amistad introduce caracteres particulares. Porque la misma, más que a un grado de intensidad en la relación entre sujeto activo y pasivo, parece hacer referencia más bien al móvil o razones que impulsaron a actuar a aquél.

La indefinición que genera la adición de un componente como éste en la *ratio* de la circunstancia de parentesco quizá pueda asumirse en cuanto circunstancia atenuante. Aunque los rasgos diferenciados de los «vínculos de amistad» difuminan en mayor medida su fundamento, y si se trata de introducir principios que ayuden a ponderar algunos de los elementos –accidentales– concurrentes en la comisión de un hecho delictivo, cuando menos, parece que se debe exigir claridad en relación con los mismos, esto es, que se establezca con un margen de certeza razonable si más allá de los vínculos que se suelen reconducir a través del parentesco también debe darse relevancia a determinados móviles que concurren en la comisión de un delito como, por ejemplo, la amistad, la gratitud y otras razones similares no extrañas a nuestro legislador histórico. Si Díez Ripollés propone introducir este segundo tipo de razones parece que debe precisar algo más las mismas en su definición (11). En cuanto a la vertiente agravante de la circunstancia, entiendo que esta propuesta tropieza con obstáculos aún más altos. La indefinición comentada se acentúa con las también mayores exigencias del mandato de determinación. Porque se trata ahora de algo bien distinto: de delimitar los presupuestos –o razones– de un incremento en el rigor punitivo. En consecuencia, no puede aceptarse el margen de incertidumbre señalado.

La discusión sobre la idoneidad de esta propuesta de *lege ferenda*, permite advertir la particular manifestación del *nullum crimen sine lege* en el ámbito de la antijuridicidad. Aquí no se trata tanto de des-

(11) En sentido contrario, sin embargo, v. Díez RIPOLLÉS, J. L., «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 901. Sobre sus antecedentes, BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, cit. n. 4, pp. 35 s.

cribir con la mayor fidelidad posible los contornos formales y materiales de los comportamientos que se pretenden evitar mediante amenaza de pena. El eje se desplaza hacia el centro de las definiciones legales, y ante todo, se trata de establecer los principios o razones que fundamentan y definen una causa de justificación o una circunstancia atenuante, por poner dos ejemplos, aunque su tenor literal permanezca abierto –como en este caso– o en un plano de abstracción considerable. No cabe duda que un modelo de cláusula mixta, compresor a su vez, de circunstancias tan heterogéneas, dificulta en gran medida su plasmación (12).

Frente a las dudas apuntadas, relativas a las circunstancias de naturaleza mixta y, en particular, sobre la idoneidad de la actual configuración legal de la circunstancia de parentesco, pierde fuerza el argumento de economía legislativa, una vez que se advierten las implicaciones de las posibles naturalezas en la elaboración de las definiciones legales. En este sentido, una introducción diferenciada del parentesco como agravante y como atenuante, no debe suponer necesariamente la reproducción de una misma fórmula en distintos lugares del Código Penal, se trataría de configurar de forma distinta, adecuada a la concreta función, una misma *ratio*. Así, por ejemplo, la circunstancia agravante podría apreciarse, en su caso, únicamente en relación con el «cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente». Mientras que su configuración como circunstancia atenuante podría incorporar, además, cláusulas abiertas o extensivas como la señalada de «análoga relación de afectividad», una vez precisada la *ratio* sobre la que realizar tal proceso de integración; o incluso una segunda *ratio* que, en un sentido próximo a la definición recogida en el artículo 107.2 del Código Penal de 1822, atiende a la naturaleza de los motivos que impulsaron al actor en la comisión de los hechos, ello siempre y cuando se entienda que los mismos deben ser objeto a (des)valoración jurídico-penal (13).

Estas breves reflexiones, a modo de introducción, sobre algunos de los problemas que plantea la analogía en la antijuridicidad –frente a la tipicidad– según se trate de circunstancias atenuantes, agravantes

(12) Así, también, BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, p. 107, señala su carácter mixto «como el principal elemento de distorsión de la circunstancia».

(13) Sobre ello, recientemente, v. las reflexiones de MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 723 s.

o causas de justificación, o sobre la orientación del mandato de determinación más hacia la *ratio* del instituto que hacia sus propios contornos, pretenden mostrar ya que esta categoría presenta unas particularidades muy acusadas que deben tenerse presente en la construcción de las definiciones legales de los institutos dogmáticamente incardinados en la misma; que las referencias que nos orientaban en la construcción de las definiciones de lo que entendemos como tipicidad no nos sirven para resolver buena parte de los problemas que nos plantea la antijuridicidad (14), que ésta, al igual que la tipicidad, se trata de una categoría jurídico-penal con problemas y referencias político-criminales de carácter específico.

II. REFLEXIONES SOBRE EL TIPO OBJETIVO DE ESTAS FIGURAS

Frente a la tipicidad, regida de principio a fin por tres funciones fundamentales: función de garantía, función preventiva y de desvaloración, esto es, en palabras de Amelung, de delimitación y descripción de lo «injusto punible (merecedor de pena y necesitado de pena), como injusto agravado» (15); la antijuridicidad se muestra

(14) Así, ya ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal* (trad. castellana e introducción de F. Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, p. 62.

(15) AMELUNG, Knut, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en SCHÜNEMANN, B. (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 98 s. En un sentido próximo, a partir –principalmente– del «*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*» también v. GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, cit. n. 8, pp. 212 s. En nuestra doctrina, también, apunta en esta línea LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en D.-M. LUZÓN PEÑA y S. MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 208 s., junto a la «función de garantía, la misión de seleccionar y describir aquellas formas de conducta que suponen al menos un indicio de que (y en qué medida) la acción posee un desvalor relevante y por ello está (penalmente) prohibida de forma objetivo-general». En esta línea ya, crítico con la propuesta de ROXIN, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a Claus Roxin, Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. castellana de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, pp. 11 s. Siguiendo al anterior, VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994, p. 51. En sentido contrario, también, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 23 s. Sobre este punto, con amplias referencias bibliográficas, v.

como una categoría mucho más heterogénea. Se habla, en cuanto a función político-criminal, de «solución social de conflictos» (16).

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», cit. n. 1, apartado II.

(16) ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, pp. 8, 40, 55 ss., precisando, en el segundo lugar citado, que esta categoría «es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo. Cuando se trata de conciliar las intervenciones necesarias de carácter administrativo con el derecho a la personalidad en general y con la libertad de actuación del ciudadano, o cuando situaciones de necesidad inminentes e imprevisibles exigen una decisión: se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios»; el mismo: *Política criminal y estructura del delito*, trad. castellana de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, pp. 62, 77 y 80. En un sentido próximo RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymann, Köln, 1989, p. 372, señalando que estas cláusulas «gewähren dem betroffenen Bürger in besonderen Konfliktsituationen die Freiheit, zur Wahrung bestimmter Interessen auch an sich verbotene Handlungen vorzunehmen bzw. an sich gebotene Handlungen zu unterlassen». También v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 173 s. En nuestra doctrina, CUELLO CONTRERAS, J., «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», en Díez RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M.^a, LUIS GRACIA MARTÍN y J. F. HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 147, quien ve su finalidad en la resolución de «las colisiones de bienes jurídicos que pueden darse en la vida real» señalando «cómo puede o debe comportarse quien se encuentra ante [estas] situaciones»; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 279 s. (anteriormente, sin embargo, v. el mismo: *El ejercicio legítimo del cargo*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 11 ss.); LARRAURI PIJOAN, E.: «Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1996, pp. 883 s. Acentuando la importancia del principio de legalidad LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 3. En relación con el sistema de circunstancias, v. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 428, 429 y 432. Críticamente, sin embargo, AMELUNG, K.: «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», cit. n. 15, p. 99, señalando que ««conflictos» se resuelven en todos los ámbitos del Derecho y de la política jurídica. Por otro lado... se sabe que también se resuelven conflictos en la formación de los tipos penales». Para AMELUNG, *op. cit.*, p. 101, en sede de antijuridicidad se decide «más bien sobre el hecho de si una prohibición que ha sido establecida en algún punto del Ordenamiento Jurídico ha de ceder ante otras finalidades político-jurídicas». Cuestionando a su vez la argumentación de AMELUNG, HIRSCH, H. J., *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, trad. castellana de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 13 s., n. 6, señalando que no «tiene en cuenta la diferencia material decisiva existente entre las decisiones valorativas abstractas

Más concretamente, entiende Baldó Lavilla, que estas cláusulas «tienen por función la resolución objetiva de conflictos sociales en contextos complejos. Como... los que derivan de situaciones de necesidad en las que la salvaguarda del interés amenazado requiere la puesta en peligro de intereses ajenos jurídico-penalmente protegidos... [lo que] exige del sistema normativo una coordinación axiológica de la situación conforme a sus principios subyacentes» (17), que se tiende a ubicar en este segundo plano de la teoría jurídica del delito. En un marco político-criminal tan complejo, la labor de la dogmática se reduce, de *lege lata*, a «elaborar del modo más completo posible, el catálogo de los principios reguladores sociales», procedentes de las diversas formas de manifestación del Derecho, «y poner en claro su relación» (18). Más allá de las reservas que pueda suscitar la postura de Roxin, se advierte ya que la función político-criminal de la antijuridicidad no proporciona un denominador común sobre el que proceder –y enhebrar– dogmáticamente a su construcción. El criterio rector que ofrece este penalista para el ámbito de la

realizadas por el legislador a la hora de configurar los tipos y los conflictos de intereses concretos que se pueden plantear aun dentro del marco de esas decisiones valorativas prestablecidas». En nuestra doctrina, critican igualmente la solución de ROXIN, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 24; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y Santiago MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 88 y 164 n. 268, con ulteriores referencias bibliográficas; VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. n. 15, pp. 45 ss., especialmente pp. 54 ss.

(17) BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994, p. 37. Anteriormente también GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, p. 279, quien lo concreta en el conflicto entre «el interés social en que no se realicen las conductas que conducen a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales, y por otro lado, el que aconseja permitir, en determinadas situaciones, la realización de esas conductas y de sus resultados». En un sentido distinto, igualmente, v. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, pp. 145 ss., quien cede especial importancia a las posibilidades que ofrece esta categoría de contextualizar el comportamiento típico en el marco general del Derecho. Para este penalista, *op. cit.*, pp. 157, es tan sólo «en la dilucidación de cuál sea el interés preponderante o en la misma configuración de alguno de los intereses en conflicto» donde pueden desempeñar «un papel importante contenidos de oportunidad».

(18) Precisando ROXIN, C.: *Política criminal y estructura del delito*, cit. n. 16, p. 62, que estas «ideas directrices no son otras que las del ámbito del tipo, pero ellas ganan una dimensión adicional a través de la inclusión en la situación de hecho concreta». En nuestra doctrina, de forma magistral, v. BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, *passim*.

antijuridicidad, se apunta, «no proporciona un valor de referencia normativo, sino únicamente un diagnóstico descriptivo» (19), de ahí que se cuestione su capacidad discriminadora (20). A cada una de las causas de justificación subyacen principios o referencias normativas no necesariamente coincidentes sobre los que procede analizar los diversos problemas que plantean concretas situaciones de conflicto cuya complejidad supera la (des)valoración que acontece en sede de tipicidad. Tampoco las diferentes razones que subyacen a los demás institutos ubicables dentro de esta categoría, circunstancias atenuantes y agravantes, pueden reconducirse a fundamentos normativos comunes, y se ha cuestionado, incluso, la posibilidad de una auténtica sistematización (21).

(19) SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, J. M.^a, Tecnos, Madrid, 1991, p. 78.

(20) Así, Díez Ripollés, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 164, n. 268.

(21) Según entiende CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 196. Anteriormente, ya el mismo: «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», en Albin Eser y Warren Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 10 s. En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, cit. n. 16, pp. 286 ss.; el mismo: *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, pp. 285 s.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, 6^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 311 s.; ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 306. En la doctrina alemana, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, cit. n. 16, p. 77, señalando que «los puntos de vista que pueden conducir a que se excluya el injusto material de un hecho, a pesar del cumplimiento de un tipo, son tan variados y el número de partes del ordenamiento jurídico del que hacen causas de justificación es tan grande y sometido a necesidades tan cambiantes sobre todo en el caso de intervenciones de la autoridad, que principios unitarios que al mismo tiempo sean plenos de contenido, sólo puede tener una validez limitada. Mientras que los tipos de delitos... descritos en los tipos legales muestran un cierto carácter estáticos (*sic*), con las causas de justificación entra la dinámica de las transformaciones sociales en la teoría del delito». Más recientemente, HIRSCH, H. J., *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, cit. n. 16, p. 43. En sentido contrario, por ejemplo, v. reconduciendo el sistema de causas de justificación a través del principio de «Güter- oder Interessenabwägung», RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 392 ss. En nuestra doctrina, v. CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982, *passim*; el mismo: «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 123, 124 y 131,

Sin embargo, esta categoría ha alcanzado un importante desarrollo dogmático. De *lege lata*, la genérica propuesta de Roxin de estructurar «del modo más completo posible los no muy numerosos

señalando, en la primera página citada, que esta teoría viene a fundamentar la aplicación de cualquiera de las diferentes causas de justificación en el hecho de que la conducta típica resulta valiosa para el ordenamiento jurídico, pues proporciona un interés superior: el ordenamiento tiene más interés en que la conducta se lleva a cabo que en evitarla»; aparentemente, también Díez RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 157; VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. n. 15, pp. 56 s. Con importantes matices, LARRAURI, E., en Winfried Hassemer/Elena Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 76 ss., quien, si bien señala la idoneidad de este principio para su delimitación frente a las excusas, advierte el déficit de fundamento de las posturas unitarias, así como institutos justificantes difícilmente reconducibles al mismo, cfr. pp. 81, 82, 89 ss. Más recientemente, v. el interesante trabajo de MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», *RDPC*, 2000/extraordinario 1, pp. 200, 205, 208 ss., 221 ss., quien sobre una comprensión amplia del principio de ponderación de intereses propone un estructura explicativa de carácter piramidal en cuya cúspide ubicaría el estado de necesidad y en los sucesivos escalones las restantes causas a modo de reglas especiales de solución de conflictos (especialmente v. pp. 227 ss.). Sin embargo, cuestionando esta postura, ya STRATENWERTH, G., «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, 68, (1956), pp. 42 ss., reconduciendo a través del «Güterabwägungsprinzip» sólo los supuestos en los que los bienes jurídicos afectados no sean de titularidad individual. Más recientemente, también, v. las reflexiones sobre la denominada justificación procedimental de HASSEMER, W., en Winfried HASSEMER/Elena LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 14 ss., 41 ss., donde señala posibles causas de justificación que más allá de una ponderación de intereses se asientan en requisitos de forma. En nuestra doctrina, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 39 s., quien, si bien entiende que «resulta desde todo punto de vista obligado... el asumir un proyecto sistematizador», señala la excesiva abstracción y déficit material de las teorías monistas. Por otra parte, en relación con el principio de ponderación de intereses, señala este autor, *op. cit.*, pp. 40, 94, 95, 162 ss., que este principio «responde a la cuestión de cuándo una lesión o puesta en peligro de un interés jurídico-penalmente protegido debe considerarse justificada por la existencia de intereses preponderantes. Mas no responde a la cuestión de *por qué*, dada la mencionada «preponderancia» de intereses, unos deben «prevalecer» sobre los otros... Cuestión esta última a la que sólo pueden responder verdaderos principios «axiológicos». También LUZÓN PEÑA, D.-M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y Santiago MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 33 ss., señalando como alternativa la propuesta de distinción entre causas de justificación del resultado y de la acción; el mismo: *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 575 s.; el mismo: «Aspectos esenciales de la legítima defensa», cit. n. 16, p. 75, señalando que estas fórmulas «suponen intentos de generalización excesiva, al pretender reducir todas o casi todas las causas de justificación a un solo principio, lo que es imposible».

principios configuradores sociales» (22), ha abierto paso a ulteriores delimitaciones –y comprensiones– teleológicas de los materiales de la antijuridicidad y culpabilidad (23). Así, recientemente, se propone –sobre las ideas de autonomía individual y solidaridad intersubjetiva– un esquema tripartito (estado de necesidad agresivo, defensivo y defensa necesaria) en función del grado de incumbencia de los actores sobre la situación de conflicto que permite una sugerente sistematización de los deberes y facultades de salvaguarda (24). También la reconducción del estado de necesidad a través de los deberes cuasi-institucionales permite su engarce con otros institutos jurídico-penales y, en definitiva, las posibles fuentes de responsabilidad –o competencia: por organización, institucional o cuasi-institucional– jurídico-penal (25). Y sobre todo ello es posible construir de *lege*

(22) ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, p. 59 y en el mismo sentido, v. p. 62 ss., pues entiende, *op. cit.*, p. 57, que «si se analizan los medios con los que el legislador supera el problema de la solución social de conflictos, se pone de manifiesto que se trata de un número limitado de principios ordenadores materiales, que, combinados diferentemente, determinan el contenido de las causas de justificación y cuyo juego en el caso concreto fija el juicio sobre la utilidad o daño social de una conducta, sobre la justificación o el injusto».

(23) Así, por ejemplo, v. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 61-3; el mismo, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 224 ss., quien propone ubicar en la culpabilidad lo que el legislador quiere y no puede combatir, mientras que en la antijuridicidad lo que puede y no quiere inhibir mediante pena, resolviendo el estado de necesidad siempre en esta última categoría. Más recientemente, también v. el mismo: «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», en Albin Eser y Walter Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 74 ss. Sobre la importancia de las razones de *ultima ratio* y proporcionalidad en esta categoría, fundamental GÜNTHER, H.-L.: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, cit. n. 8, pp. 1, 3 ss., 7, 35 ss., 55 ss., 62, 83 ss., 100 ss., 107, 114 ss., 126, 133 ss., 159, 168, 178, 189 ss., 204 ss., 224 s., 232 ss., 241, 244 ss., 255 ss., pp. 281 ss. Sobre su incidencia en la exclusión de lo injusto, proponiendo diferenciar entre causas que excluyen el desvalor de resultado y causas que excluyen solamente el desvalor de acción, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 75 n. 326, 76 n. 335, 103 ss., 597 ss.

(24) Cfr. BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO: *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, *passim*.

(25) Así, v. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2002, *passim*, quien frente a los excesos utilitaristas y colectivistas de la comprensión mayoritaria, ubica la ponderación de intereses en un último momento de su estructuración del estado de necesidad como deber cuasi-institucional, esto es, una vez que ha definido el fundamento y los presupuestos de la acción justificada; particularmente v. pp. 268 ss.

ferenda. El grado de racionalización de muchas cuestiones permite abordar el desarrollo –sobre tales principios de configuración social, autonomía individual o determinadas comprensiones normativas de estos deberes jurídicos– de modelos, componentes y directrices tendentes a maximizar, ya en sede de ley, el cumplimiento de las funciones político-criminales asignadas a esta categoría.

El objeto de normación presenta ya importantes particularidades en las causas de justificación. Pues a través de ellas no se trata simplemente de describir conductas o, de forma más concreta, acotar un fragmento conflictivo de realidad, esto es, delimitar una concreta situación de conflicto mediante componentes como una agresión ilegítima o una situación de peligro inminente o actual para bienes jurídicos protegidos y asignar –mediante una norma secundaria– una consecuencia jurídica. En la norma primaria, se trata de introducir y precisar fundamentalmente las pautas o principios jurídicos adoptados para la solución de dichas situaciones: el Derecho no debe ceder ante lo injusto, ponderación de intereses o el respeto a la dignidad humana, por poner tres ejemplos. Y sobre ambos aspectos, la *situación de conflicto justificante* y correspondiente *principio* –o principios– *de resolución*, se proyecta el principio de legalidad.

Así, por ejemplo, la definición del supuesto de hecho que se recoge en el artículo 20 apartado séptimo de nuestro Código Penal, frente a lo previsto en la definición de otros institutos como la legítima defensa, se muestra un tanto parca desde esta primera perspectiva. El legislador se limita a afirmar: «El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo». De este modo, los *presupuestos de justificación* –o situación de conflicto justificante– debe en buena medida –si no en toda– deducirse por el operador jurídico, aun cuando ello –por lo general– pueda no entrañar grandes dificultades. Ciertamente, una definición exhaustiva del ámbito problemático tropieza con razones de economía legislativa: «El miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de las Comunidades Autónomas...el periodista, médico... los padres... que en cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo de su derecho oficio o cargo realice las conductas recogidas en los artículos... de este Código...» (26). Luego, una descripción exacta

(26) Para una visión general del ámbito problemático de esta circunstancia, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 290 ss. Sobre la conveniencia de su introducción expresa en el Código, ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El médico y el Derecho penal I*, cit. n. 21, pp. 79 s. Recientemente, también v. las interesantes reflexiones de MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como

del ámbito problemático de una –circunstancia atenuante, agravante o, como el caso aquí comentado del artículo 20 número siete, una– causa de justificación, con sus posibles actores, acciones y omisiones –aun cuando fuese viable– podría no ser conveniente. Además, tales definiciones encuentran un condicionamiento importante en la materia de normación (27). Aquí no se trata de perfilar una conducta lesiva. La cuestión es más compleja: deben perfilarse situaciones de conflicto, y para ello se muestran más idóneos componentes que, por ejemplo, hagan referencia a la actualidad o la entidad del riesgo, frente a particularidades en sus distintas formas de manifestación. Su ubicación normativa en la parte general del Código acentúa igualmente su necesidad y grado de abstracción.

Sin embargo, una definición formal como, por ejemplo: «El que realice alguna de las conductas descritas en los libros segundo y tercero en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»; no puede valorarse ya positivamente. Una delimitación satisfactoria del supuesto de hecho del número séptimo de este artículo exige atender a los principios de actuación que inspiran –también jurídico-penalmente– los deberes o derechos a los que hace referencia. Pues mediante este primer elemento se trata de plasmar los rasgos fácticos y/o normativos –amenaza previa, necesidad de intervención, etc.– que permiten tanto identificar las concretas situaciones de conflicto como –en buena medida, también– fundamentar su justificación. En relación con el actual artículo 20, apartado séptimo, del Código, la gravedad de la incidencia de estas acciones en las esferas jurídicas afectadas aconseja establecer –de *lege lata*– si principios como los de necesidad, oportunidad o proporcionalidad, que permitirían delimitar el supuesto de hecho en relación con la eximente de cumplimiento del deber por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de

ley general», cit. n. 21, pp. 225 s., quien adscribe a esta cláusula el papel de regla específica –frente a las causas de justificación generales– de resolución de conflictos. En relación con los modelos casuísticos, con carácter general, críticamente v. PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias: Especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, 1995, pp. 355 ss.

(27) Así ya GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 232-4, 282 s., señalando, en el primer lugar citado, que sin un grado importante de abstracción «wäre es unmöglich, der Vielfalt der im vorhinein nicht überschaubaren atypischen Konstellationen gerecht zu werden, die sich im Einzelfall dem auf den Regelfall abzielenden straftatbestandlichen Strafunrechtsindiz entgegenstellen können».

seguridad (28), se muestran idóneos para normar el supuesto de hecho de otros deberes jurídicos como, por ejemplo, el de obediencia o derechos –aún más heterogéneos– como los de corrección. En caso contrario, parece preferible una regulación que diferencie en mayor medida entre estas causas de justificación.

En cuanto a la segunda perspectiva apuntada, la referente a los *principios de resolución*, veámos antes que la propuesta de Díez Ripollés para una regulación mixta de la circunstancia de parentesco no era del todo satisfactoria: no sabíamos si el criterio de ponderación era determinada relación personal, en una línea más tradicional con la circunstancia de parentesco, o también se pretendía ampliar y ceder relevancia a determinados móviles como, por ejemplo, la amistad y similares. La fórmula adoptada por el legislador en la definición legal de esta causa de justificación obedece según la doctrina mayoritaria, al principio del interés preponderante, si bien se tiende a matizar en función del contenido de la dignidad humana (29). Sin duda, la plasmación de este segundo principio de resolución se muestra deficiente en la misma. De hecho, no se muestra. En cuanto a la forma de delimitación del primero –el principio del interés preponderante– mediante la referencia sin ulteriores matices a los posibles

(28) Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, M.^a I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 125 ss. y, más concretamente, pp. 287 ss.; sobre su origen histórico, asimismo pp. 201 ss. Con carácter general, anteriormente v. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, pp. 402 ss. Más recientemente, también OLMEDO CARDENETE, Miguel, «Artículo 20.7», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 519 ss. En nuestra jurisprudencia, por ejemplo, v. STS 15 de enero de 2003 (A. 727), fundamento jurídico cuarto; STS 25 de abril de 2003 (A. 5247), fundamento jurídico primero; STS 5 de marzo de 2004 (A. 1761), fundamento jurídico primero.

(29) Ampliamente, sobre los principios de unidad del ordenamiento jurídico –en el plano formal– y preponderancia de intereses –en el material–, v. SÁNCHEZ GARCÍA, M.^a I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit. n. 28, pp. 83 ss., quien, siguiendo a RUDOLPHI propone, *op. cit.*, p. 84, reorientar este último «hacia una ponderación de las propiedades materiales –positivas y negativas– de la conducta». En relación con el segundo aspecto señalado, habla TORO LÓPEZ, Á., Prólogo a SÁNCHEZ GARCÍA, M.^a I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 19, de «un tipo de justificación abierto, precisado de reconstrucción conceptual según principios teleológicos –necesidad real de la intervención– y valorativos –proporcionalidad y respeto a la dignidad del hombre» (cursiva añadida). En relación con los tratamientos curativos obligatorios, por ejemplo, v. ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El médico y el Derecho penal I*, cit. n. 21, pp. 384 ss. Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, igualmente v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 291.

títulos jurídicos que impulsan al sujeto («cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»), debe tenerse presente en su valoración que las exigencias del principio de legalidad aumentan considerablemente en relación con este segundo aspecto (30). Porque, a través de estos preceptos, se pretende –en cierto modo, también– configurar balanzas, introducir determinados principios rectores sobre los que valorar las situaciones de conflicto previamente definidas (31), constituyendo, posiblemente, el principal ámbito de manifestación del denominado mandato de determinación en sede de antijuridicidad (32). Veámoslo con más detalle en relación con el estado de necesidad.

Un análisis sosegado del número quinto del artículo 20 de nuestro Código Penal permite advertir que el legislador no aprovechó los abundantes materiales que se ofrecen a nivel monográfico y –también, incluso– de manual en nuestra disciplina. Tanto en la definición de la situación de conflicto –justificante– como de los principios de resolución del denominado estado de necesidad se aprecia con claridad importantes insuficiencias –aunque también aciertos– del legislador en la configuración legal de la misma. En concreto, establece este precepto:

«Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

... 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.»

(30) Señalando el déficit de la normativa extra-penal en materia de orden y seguridad pública, por su parte, v. SÁNCHEZ GARCÍA, M.^a I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit. n. 28, pp. 288 s.

(31) Así ya, v. ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, p. 62. No obstante, señalando su independencia del texto legal, también SCHMID-HÄUSER, Eberhard, «Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht», en *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, p. 80.

(32) Aparentemente, también en este sentido, v. ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, p. 61 n. 63.

En relación con el primer elemento, la delimitación de la *situación de conflicto*, vemos que el legislador alude y esboza de forma indirecta –a través de las pautas de valoración de la conducta– cuando concurre una situación subsumible en este precepto. Aunque da un paso más en su número quinto frente a las definiciones de otras causas como la vista anteriormente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el legislador no recoge una definición del estado de necesidad. Simplemente, habla de obrar «en estado de necesidad». Y perfila esta situación, de forma indirecta, a través de los elementos objetivos y subjetivos del tipo de justificación. Posiblemente, no haga falta más para salvar los mínimos de determinación en relación con la situación de conflicto. Ahora bien, está claro que el grado de definición de la misma dista bastante de lo político-criminalmente satisfactorio, pues la concreción del supuesto de hecho que justifica la aplicación de esta circunstancia –pese a su denominación expresa y lo que se infiere de los restantes componentes– se deja en buena medida en manos del concreto operador jurídico. Y ello pese a la gravedad de los deberes de tolerancia («*Duldungspflichten*») que sujetan a la persona sobre la que recae la acción de quien obra amparado por esta causa de justificación (33).

La definición de este primer componente, la situación de conflicto, al menos en sus rasgos esenciales, se encontraba perfilada en el importante trabajo realizado por la doctrina. Así, existe cierto consenso en relación con algunas de las notas que definen al mismo (34).

(33) Cfr. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 1 ss., 9 ss., 29 ss. No obstante, también GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, cit. n. 8, p. 309. Sobre la importancia del supuesto de hecho en cuanto presupuesto justificante, ampliamente, v. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 152 ss.

(34) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 246 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, pp. 63 s.; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho Penal*, cit. n. 21, pp. 623 ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, pp. 454 ss. margs. 32 ss.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 21, pp. 329 ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 516 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, 1982, pp. 669 s. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. RUDOLPH, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 389 ss. Recientemente, también, explicando el estado de necesidad desde su concepción como deberes jurídicos cuasi-institucionales PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 103 ss.

Se exige una situación de peligro actual para un bien jurídico (35). Además, en relación con la entidad de tal componente, se entiende que debe mostrar un carácter grave (36). Se habla, en este sentido, de un carácter subsidiario o, más recientemente, cuasi-institucional del estado de necesidad (37). Siguiendo estas notas, y pese a las controversias existentes en relación con otros

(35) Así, por ejemplo, v. HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1994, § 34 margs. 36 s.; KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Franz Vahlen, München, 2002, pp. 274 ss. margs. 62 ss.; LENCKNER, T./PERRON, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., C. H. Beck, München, 2001, § 34, marg. 13; PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 168 ss. Para PAWLIK, *op. cit.*, p. 112, «läßt sich die... Pflicht zur Duldung notstandsbedingter Eingriffe als eine cuasi-institutionelle Verpflichtung einordnen: Sie trägt zur Sicherung der Realbedingungen rechtlicher Freiheit bei, ist allerdings subsidiär gegenüber institutionalisierten Maßnahmen der Notbekämpfung». Consecuente con esta perspectiva entiende, *op. cit.*, p. 170, que «gerechtfertigt ist der Täter erst dann, wenn die Bewertung dieser Verhaltensalternativen ergibt, da er sich auf sie nicht verweisen zu lassen braucht. Sein Verhalten muß *normativ alternativenlos* in dem Sinn sein, da sich angesichts der gegebenen Situation keine ‚bessere‘ Verhaltensalternative ausmachen läßt. Es ist also zu zeigen, da er, um sein bedrohtes Rechtsgut zu retten, *jetzt* so handeln muß». Críticamente, sobre la solución de este último y su sustento hegeliano, no obstante KÜPER, Wilfried, «Von Kant zu Hegel. Das Letimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren», *JZ*, 2005/3, pp. 113 ss. Sobre esta cuestión, en la doctrina italiana, también v. VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 584 ss. En nuestra doctrina, por todos, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 123 ss., especialmente, pp. 137 s.

(36) En relación con el artículo 54 del Codice Penale, donde se habla «di un danno grave alla persona», v. PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale. Parte generale*, G. Giappichelli, Torino, 2005, p. 385. En la doctrina alemana sobre el «Prinzip der Erfordelichkeit», por ejemplo, v. RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 389 ss. Más recientemente, también v. PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 150 ss., quien entiende, p. 163, que «der Verlust muß so gewichtig sein, da den Betroffenen zu einer nachhaltigen Umstellung seiner Lebensführung nötigt». Desde la perspectiva antes expuesta, entiende, p. 160, que «der Umstand, da dem einen ein Rechtsgut verlorenzugehen droht, welches ihm zur Definition und Darstellung seiner individuellen Identität dienlich sein kann, einen anderen prinzipiell nicht dazu zu verbinden, seine Rechtsgüter dem eigenmächtigen Zugriff des ersten aufzuopfern. Die Enge der nichtverallgemeinerungsfähigen Besonderheit überschreitet lediglich das Interesse des Gefährdeten, sozial überhaupt als Individuum wahrnehmbar zu bleiben». En nuestra doctrina, por ejemplo, v. LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal*, cit. n. 21, p. 623, quien entiende que «el grado de peligro ha de suponer una inseguridad suficiente para mover al hombre medio a actuar».

(37) Cfr., por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho Penal*, cit. n. 21, pp. 624 s.; PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 112 s.

aspectos (38), Cerezo Mir nos propone una definición en los términos siguientes: «Situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber» (39). Se trata sin duda, de una definición un tanto prolija como para su incorporación a una definición legal. Tampoco parece pensada para ello. En cualquier caso, entre un extremo y otro caben bastantes soluciones. Por ejemplo:

«Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

5.º Estado de necesidad.

El que en situación de peligro actual y grave para un bien jurídico [y si se entiende que dada la particularidad de esta causa de justificación y la importancia de su incidencia sobre los bienes del sujeto afectado por la misma procede su limitación a un número concreto de bienes, se pueden introducir estos de forma similar a lo previsto en la cláusula abierta recogida en el § 34 StGB (40), o como en artículo 54 del Codice Penale, donde se habla de «pericolo attuale di un danno grave alla persona» (41)] propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber...».

De esta forma se ofrece una imagen más clara de la situación de conflicto que se desea normar mediante esta causa de justificación y, en definitiva también, de los márgenes de aplicación —o justificación— del denominado estado de necesidad.

Frente al elemento anterior, la valoración de los *principios* que establece el legislador para la *solución* de los supuestos de necesidad se muestra bastante más compleja. Pues el enjuiciamiento de los principios previstos en el número quinto de este artículo 20 se encuentra condicionado por la perspectiva adoptada dentro de un marco doctrinal con importantes divisiones. Se discute incluso, si el

(38) V. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 248 n.11.

(39) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 249.

(40) Cfr. HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, cit. n. 35, § 34 margs. 26 s.

(41) Cfr. PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, pp. 384 s. También VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 588 s., quien explica, sobre su interpretación como «*scusante*», la limitación a los bienes más íntimamente vinculados a la persona física.

estado de necesidad se agota en esta categoría –de la antijuridicidad– o, como entiende la posición mayoritaria, trasciende a la culpabilidad en la resolución de determinados supuestos. Así, por ejemplo, si se comparte esta última comprensión, resulta que la plasmación del principio de ponderación de intereses en la actual definición legal del estado de necesidad es excesivamente amplia (42). «Que el mal cau-

(42) En nuestra doctrina, con amplias referencias bibliográficas, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 196, 268 ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, cit. n. 35, § 34 margs. 1 ss., quien señala, no obstante, los peligros de su interpretación extensiva, cfr. marg. 4. Más recientemente, también LENCKNER, T./PERRON, W., en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 35, § 34, marg. 22. Sobre los principios de ponderación de bienes y autoprotección ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, p. 58. Sobre el principio de «Güter oder Interessenabwägung» y «Verantwortungsprinzip», RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 395 s. Críticamente, señalando el déficit de fundamento normativo, en especial, desde la perspectiva del sujeto perjudicado por la acción justificada KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, pp. 254 s. margs. 8-10, quien pretende superar tal déficit a través del principio de solidaridad; también PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 32 ss., pp. 45 ss., pp. 131 ss., quien arguye, con razón, *op. cit.*, p. 9, que «der Umstand als solcher, daß jemand sich in einer Notlage befindet, gibt ihm keine Berechtigung dazu, zur Abwendung der Not in den Rechtskreis eines unbeteiligten anderen einzugreifen». Esta última objeción es también extensible al planteamiento de la cuestión por parte de VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 32-5 ss., quien, no obstante, pp. 468 ss., y especialmente, pp. 551 ss., ante las consecuencias problemáticas e incertidumbre que genera su comprensión como causa de justificación, propone su desarrollo como «*scusante*» y atenuar así su déficit de seguridad. Advierte este extremo, sin embargo, PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, pp. 381 s. Y es que, como recuerda PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, p. 43, «die Rechtsordnung soll nicht einen Bestand an Gütern maximieren, sie soll vielmehr Freiheitsrechte garantieren; sie ist eine Gerechtigkeit- und keine Versicherungsordnung». Frente a las anteriores construcciones, Pawlik, desde su comprensión del estado de necesidad a través de los deberes cuasi-institucionales, ubica la ponderación de intereses en un último momento, v. pp. 268 ss., esto es, una vez que ha definido el fundamento y los presupuestos de la acción justificada. En cuanto a su objeto, entiende, p. 276, frente a la simplificada concepción mayoritaria, que en la ponderación «nur rechtsgutsbezogene Gesichtspunkte einbezogen werden dürfen, [mientras que] die... zuständigkeitsbezogenen Faktoren beeinflussen ausschließlich die Formulierung der einschlägigen Eingriffsnorm als solche». Señalando los problemas que plantea el déficit de fundamento en la ponderación, *op. cit.*, pp. 125 s., 136 ss. Recientemente, también, señalando sus excesos utilitaristas y colectivistas, v. KÜPER, W., «Von Kant zu Hegel. Das Letimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren», cit. n. 35, pp. 106 ss.; RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Springer, Berlin, 2002, p. 627, señalando, en esta línea, que «solche Vorgehensweise verstößt unmittelbar gegen den nicht selbstwiderspruchlos bestreitbaren absoluten Sein-simperativ». En nuestra doctrina, críticamente también BALDÓ LAVILLA, F., *Estado*

sado no sea mayor que el que se trate de evitar», se recoge como primer requisito. Esta fórmula comprende tanto una situación de conflicto de intereses iguales como desiguales, o en otros términos, tanto las situaciones solucionadas a través de la causa de justificación como las que la doctrina mayoritaria propone resolver más adelante, en sede de culpabilidad (43). Si la licitud de la conducta se asienta en el superior valor de los bienes protegidos, tal y como mantiene esta parte de la doctrina, puede parecer más adecuado introducir de forma expresa una cláusula como la prevista en el requisito primero del número 7 del artículo octavo del Código Penal del 1932, esto es: «Que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar». E, incluso, si se entiende que no basta con que la ponderación de males resulte simplemente positiva frente al mal evitado, sino que debe resultar –cuando menos– considerable o esencialmente positiva (44), podría acentuarse y precisarse la definición mediante la

de necesidad y legítima defensa, cit. n. 17, pp. 20 ss., 37, 43 ss., 69 ss.; BERNAL DEL CASTILLO, J., «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 88; CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 267 ss., quien considerando la perspectiva del sujeto agente y afectado, asienta el estado de necesidad en los principios de salvaguarda de bienes jurídicos y solidaridad, cuya operatividad en la solución del supuesto concreto viene condicionada por la importancia de los intereses en conflicto, concretándose bien en el interés preponderante, bien en la libertad de elección del obligado; SUÁREZ MONTES, R. F., «Reflexiones en torno al injusto penal», en LUZÓN PEÑA y MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 208 s., atendiendo a los principios de ponderación de intereses y solidaridad. Sobre diferentes intentos de fundamentar esta idea en la Filosofía jurídica, v. KÜHL, K., «Freiheit und Solidarität bei den Notrechten», en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1999, pp. 289 ss., señalando, pp. 275 s., el necesario enriquecimiento y desarrollo de los deberes morales para su sustento jurídico, y entiende, en este sentido, p. 276, que «eine wichtige Zusatz-Anforderung ist das wesentliche Überwiegen des in Not geratenen Erhaltungsguts gegenüber dem in Anspruch genommenen Eingriffsgut des Unbeteiligten».

(43) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 253 ss. Más recientemente, por ejemplo, v. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», cit. n. 42, pp. 82, 83 y 86, por ejemplo; QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 34, pp. 523 ss. En sentido crítico, no obstante v. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 451 ss. margs. 22 ss.

(44) Así, por ejemplo, v. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 270, 274 s. En nuestra doctrina, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 452 marg. 26 y 453 marg. 31, por ejemplo. También, proponiendo una modu-

adición de atributos que se estimen pertinentes tal y como ha hecho el legislador germano en el citado § 34 del Código Penal, donde prevé que el interés tutelado prevalezca «esencialmente sobre el lesionado» («..., das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt») (45).

Sin embargo, todas estas soluciones colisionan con la comprensión que hace Gimbernat Ordeig, y con él un importante y cualificado sector de nuestra doctrina, tendente a resolver el estado de necesidad en todo caso como causa de justificación, esto es, también en los supuestos de una situación de conflicto entre intereses equivalentes (46). Desde esta segunda perspectiva, la actual plasmación del

lación del baremo en función del grado de incumbencia, v. BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 21-24, 69, 92 s., 110, 166 ss., y en relación con los conflictos en los que se afectan intereses supraindividuales, pp. 101 ss., donde la simplificación de las ideas rectoras permite operar con la «mera preponderancia». En un sentido distinto, atendiendo a la idoneidad o adecuación de la conducta realizada, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 21, p. 331.

(45) Cfr. HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, cit. n. 35, § 34 marg. 76, quien señala, con razón, que «eine nur geringe Wertdifferenz kann die Beeinträchtigung des durch die verletzte Norm rechtlich geschützten fremden Interesses nicht ausgleichen». Desde la perspectiva del principio de solidaridad KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, p. 288 marg. 97. También LENCKNER, T./PERRON, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 35, § 34, marg. 45, quien atribuye a este elemento una «Klarstellungsfunktion». Críticamente, sin embargo, también v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, cit. n. 8, pp. 307-9, 327 ss., 334 s., 338 y 360, por ejemplo, señalando el descuido de las razones de merecimiento de pena frente a la excesiva atención hacia los deberes de tolerancia «Duldungspflichten».

(46) Así, v. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, pp. 61-3, quien, según se adelantó en n. 23, ubica en la antijuridicidad lo que puede y no quiere inhibir mediante pena, agotando en la misma las diferentes situaciones de necesidad. Ampliamente, v. el mismo: «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 224 ss.; el mismo: «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», en ESER, A. y PERRON, W. (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 74 ss. Respondiendo a las críticas de Küper, el mismo: Prólogo a CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 14 ss. En esta línea, también CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en derecho penal*, cit. n. 42, pp. 242 ss., con más referencias en n. 9, y en relación con la colisión de deberes pp. 280 ss., y, en definitiva pp. 317 s.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal*, cit. n. 21, pp. 576 y 621; el mismo: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 589 s. n. 5; ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2002, pp. 8, 12 ss., 16 ss., y en especial, pp. 68 ss., 260 ss. Con matices MUÑOZ CONDE, F., «Rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung», en ESER y PERRON

principio de ponderación de intereses que se recoge en el requisito primero del número quinto del artículo 20 del Código Penal merece una ponderación más positiva. Pues abarca todo el ámbito problemático posible de justificación a través del estado de necesidad, tanto los supuestos de preponderancia del interés tutelado – valoración positiva– como los supuestos de equivalencia –o ausencia de valoración o desvaloración, según entienden estos autores– (47).

Las propuestas de *lege ferenda* que se plantean desde el sector mayoritario de regular por separado el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de inculpabilidad, para una mejor solución –según esta comprensión– de determinados supuestos problemáticos (48), deben, por tanto, contextualizarse. En este sentido, se advierte que un legislador que diferencia entre un estado de necesidad exculpante y justificante desconoce sus competencias. Según Gimbernat, el legislador debe limitarse a regular hechos, y no puede pretender decidir cuestiones de cierto grado de abstracción como es el caso de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad (49). Sin embargo, en este punto coinciden buena parte de los autores.

(Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 376 s. Más abiertamente, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 329. En un sentido próximo también, v. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, pp. 451 ss. margs. 22 ss., quien propone reconducir los supuestos de estado de necesidad exculpante, bien a través de la eximente de miedo insuperable, bien a través de una eximente analógica; siguiendo a su maestro, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», cit. n. 34, p. 664. En la doctrina alemana, crítico con las tesis diferenciadoras, recientemente v. KÜPER, W., «Von Kant zu Hegel. Das Letimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren», cit. n. 35, pp. 107 s. Sobre ello también v. las reflexiones de GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 326 ss. En la doctrina italiana VIGANÒ, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 468 ss., y especialmente, pp. 551 ss. Más recientemente también v. PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, pp. 381 s.

(47) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», cit. n. 46, pp. 229 s. Más recientemente LUZÓN PEÑA, D. M., *Especios esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 597 s., matizando las diferencias entre desvalor e injusto en relación con el resultado.

(48) Así, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 274.

(49) GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, p. 74, según GIMBERNAT el legislador no puede pretender en cuestiones como esta «der Weisheit letzten Schluß aussprechen zu dürfen».

Desde la posición mayoritaria, también Cerezo entiende que desde el punto de vista de la técnica legislativa es correcto no determinar la naturaleza jurídica del instituto, pues condiciona la vigencia del precepto y el ulterior desarrollo de la dogmática (50).

En principio, la introducción en nuestro Código de dos cláusulas diferenciadas de estado de necesidad, en función de la situación de desequilibrio o equivalencia de los intereses en conflicto parece viable. A ello ayudaría el diferente tratamiento que proponen quienes rechazan la tesis mayoritaria en los supuestos de equivalencia de intereses: estado de necesidad *versus* estado de necesidad (51). Sin embargo, más allá de este primer criterio de ponderación, la elección de los restantes componentes para configurar sin sectarismos una regulación diferenciada de esta circunstancia plantea importantes dificultades. Porque para la doctrina mayoritaria se trata de una cuestión de fundamento, básicamente: ponderación de intereses frente a inexigibilidad —en los supuestos de equivalencia de intereses—. Por ello, criterios como la ausencia de provocación o la obligación de sacrificio que desempeñarían un papel orientador en la solución de los supuestos de estado de necesidad como causa de inculpabilidad pero no como causa de justificación (52), podrían condicionar en sede de ley su naturaleza en uno u otro sentido.

Finalmente, tampoco las magnitudes escogidas para expresar la ponderación de este primer principio escapan a la polémica. Los términos empleados por el legislador germano, intereses en lugar de males, parece responder en mejor medida a la realidad y fundamento que subyace a esta cláusula. Así, se ha señalado recientemente que «el concepto de interés es más amplio que el concepto de mal, porque se formula de un modo positivo y permite apreciar dentro de los extremos en conflicto los mismos factores que se comprenden dentro del concepto de mal, e introducir además nue-

(50) CEREZO MIR, J., «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», cit. n. 21, p. 18.

(51) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», cit. n. 46, p. 230.

(52) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 286-9, señalando en relación con este último, que «únicamente debería hacerse referencia a este requisito en el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, de modo que quedara excluida la aplicación de la eximente cuando, por la existencia de un deber de sacrificio, le fuera exigible al sujeto la obediencia al Derecho». Críticamente, señalando la ruptura de la unidad del precepto que provocan las comprensiones diferenciadores CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, cit. n. 42, p. 245.

vas valoraciones y perspectivas que mejoran y completan el juicio de ponderación ulterior, datos que reciben una valoración óptima dentro del concepto de interés» (53). Con otras palabras: «Que los intereses protegidos no superen los lesionados». E incluso se propone concretar, ya en sede de ley, algunos términos de la ponderación: «En la valoración deberán tenerse en cuenta todos los intereses y obligaciones jurídicamente reconocidos, directos e indirectos, generales y particulares, ponderándolos según su respectivo valor jurídico y el peligro que los amenace» (54). Ciertamente, esta terminología coincide en mayor medida con las magnitudes adoptadas por la opinión mayoritaria para expresar el fundamento. Sin embargo, en esta cuestión debe tenerse también presente la postura de quienes señalan el significado lesivo –esto es, la condición de mal– de la actuación en estado de necesidad para admitir dos estados de necesidad enfrentados (55). Aunque ambas magnitudes, frente al concepto de bien jurídico, ayudan a reflejar el marco más amplio que debe abarcar la valoración (56).

Más allá de la polémica suscitada por la concreta ubicación del estado de necesidad en uno o –también– otro lugar de la teoría jurídica del delito, lo cierto es que el legislador en el requisito primero de la definición legal de esta figura nos ofrece un principio de relativa claridad para solucionar estas situaciones de conflicto: hay que atender a la importancia de los intereses en juego (bienes jurídicos afecta-

(53) BERNAL DEL CASTILLO, J., «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», cit. n. 42, p. 92, no obstante v. las diferentes posiciones que recoge este penalista en pp. 92 ss.

(54) MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 229 n. 58, quien no obstante sigue hablando de causar o no evitar «un mal que, atendiendo a todos sus efectos directos o indirectos, resulta menor que el que se trataba de evitar».

(55) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», cit. n. 46, p. 230. En el mismo sentido, v. CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 298 s. Más recientemente LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 95 ss. Sobre la trascendencia de las magnitudes –males, intereses, etc.– elegidas para realizar la ponderación, también v. las reflexiones de ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 204 ss., 303 ss., 479 ss., especialmente, 485 s.

(56) Así, por ejemplo, en referencia a la actual regulación, señala CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 243, que «no se comparan o ponderan bienes jurídicos, sino dos males», considerando por tanto otros aspectos como la gravedad de la lesión, reparabilidad, grado de peligro etc. En la doctrina alemana, ampliamente v. KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 34, pp. 290 ss. margs. 102 ss. También LENCKNER/PERRON en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 35, § 34, margs. 23 ss.

dos, grado de peligro o importancia lesiva de los cursos causales posibles, entre otros aspectos). Sobre ello –aunque no sólo– se debe valorar si la conducta del actor que, por ejemplo, sustrae el vehículo al vecino para llevar al hospital a su esposa se encuentra o no justificada. Si los intereses objeto de tutela (estado de salud de la mujer, importancia de la dolencia, etc.) prevalecen frente a la agresión de la esfera jurídica de este último y, en principio, podría justificarse la conducta o, por el contrario falta ya este primer presupuesto de justificación.

Frente a ello, en los requisitos siguientes el legislador se ha limitado a introducir matizaciones, según se viene señalando reiteradamente desde determinados sectores, innecesarias –e incluso, por la forma adoptada, contraproducentes– al principio de ponderación de intereses (ausencia de obligación de sacrificio) y una respuesta a un problema particular (los supuestos de provocación intencionada) ajenos, según entiende una importante doctrina, al fundamento y *ratio* de la misma. Pero vayamos por partes, porque, ante todo, en la definición del estado de necesidad se echa de menos la referencia expresa a un segundo criterio de valoración complementario o –como estimo más conveniente, para no quebrar la estructura unitaria del precepto– de matización de la ponderación de intereses, para la solución de estos supuestos.

En este sentido, se viene señalando reiteradamente desde la doctrina la importancia de asegurar unos márgenes de observancia y respeto al significado de la dignidad de la persona humana en la configuración de los deberes de tolerancia, para evitar así que se diluya o difumine su valor en el marco más amplio de la ponderación de intereses. Se argumenta, con razón, que no cabe «considerar como un simple interés más, a incluir en la ponderación, el respeto a la dignidad de la persona humana, dada su significación constitucional, como fundamento del orden político y la paz social (art. 10 de la Constitución) y al tratarse de un principio material de justicia, de validez *a priori*, que representa un límite inmanente del Derecho positivo» (57). Por ello, se muestra conveniente incorporar de forma

(57) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 270. Anteriormente también v. el mismo: «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», cit. n. 21, p. 11. Siguiendo al anterior QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 34, pp. 528 s. Recientemente, también v. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», cit. n. 42, pp. 95 s. Con matices KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, pp. 315 s. marg. 171. Críticamente, sobre los

expresa a la definición legal del estado de necesidad un segundo requisito con términos similares a los siguientes: «Segundo. Que no se infrinja esencialmente el respeto debido a la dignidad de la persona». De esta forma, se atiende a los aspectos señalados por Cerezo, y se precisa en mayor medida el marco en el que acontece la ponderación.

En cuanto a la ubicación de este límite en un segundo lugar de la definición legal, pese a su señalada significación jurídica en nuestro marco constitucional. Se trata de dotar a la causa de justificación, ya en sede de ley, de una estructura lo más unitaria posible. Esto es, de ubicar este segundo parámetro dentro de la perspectiva más amplia y unitaria que permite el principio de ponderación de intereses, pero, como ha propuesto recientemente Molina Fernández, dejando claro al mismo tiempo que «la dignidad es un elemento a ponderar aunque con un peso tan decisivo que ciertos atentados especialmente graves no pueden en ningún caso estar justificados» (58). De esta forma, la

intentos de matización de estas teorías, PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 53 ss., y, posteriormente también, v. pp. 245 ss., señalando, p. 54, las dificultades que este proceder plantea «zu einer einheitlichen Theorie des rechtfertigenden Notstands zusammenzuführen». En sentido contrario, sin embargo, ubicando este valor con su significado en el marco de la ponderación de intereses, desde nuestra doctrina v. MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, pp. 214-8, 239 ss.

(58) MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 217, quien no obstante, y pese a lo que insiste en este punto, pp. 214-8, 239, 241 s., no hace mención expresa al valor de la dignidad en su propuesta de *lege ferenda*, cfr. pp. 228 s. n. 58. Así también QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 34, p. 528, sitúan a este principio «en el seno interno de la ponderación de intereses, como uno de los «criterios-vértice» alumbradores del mismo, dadas las funciones reguladoras que le son propias como principio general de rango constitucional». En sentido contrario, sin embargo, entiende CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 270, que su invocación «en el marco de la ponderación de intereses privaría a esta de límites y contornos precisos, al introducir en la misma un juicio de valor de naturaleza esencialmente diferente». Frente a ello mantiene MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, pp. 215 s., que «no hay ninguna razón para excluir a la dignidad de la persona de la ponderación, por más que se trate de un bien especialmente importante. Es más, precisamente porque en su núcleo esencial es tan importante, puede otorgársele una protección absoluta de manera que nunca esté justificada una acción lesiva de la dignidad de un cierto nivel por muchos intereses que entren en conflicto».

El principal déficit de la construcción que ofrece Molina Fernández, como en las restantes que se asientan en tal principio, consiste en la escasa atención que presta a la posición jurídica del actor sujeto por el deber de tolerancia. En la construcción de Molina parece ser evidente que el Estado puede ponderar y decidir sobre los bienes de los ciudadanos. Sin embargo, ¿quién es el Estado para administrar sus bienes? La respuesta es obvia: nadie. Luego, ¿Por qué puede decidir si mi dignidad, integridad

introducción del segundo principio de ponderación no sólo no afecta a la coherencia interna de la definición legal del estado de necesidad, sino que se estructura como un segundo escalón que perfila en mayor medida el anterior criterio. Mediante ambos componentes, ponderación de intereses observando unos márgenes intangibles de respeto al derecho a la dignidad, se conserva un marco unitario de enjuiciamiento –en principio, sin perjuicio de la procedencia de ulteriores matizaciones– satisfactorio para la solución del estado de necesidad. Sin embargo, en lugar de esto, la definición legal incorpora dos requisitos, la no provocación intencionada del estado de necesidad y la ausencia de obligación de sacrificio, de difícil comprensión no tanto por su contenido como por el modo –como requisitos independientes, en lugar de matizaciones del escalón o escalones valorativos precedentes– en que se ha concretado su incorporación. Ambos elementos han merecido con razón, la crítica de la doctrina.

En relación con el primero: «Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto», aunque se señala su posible operatividad en una definición legal del estado de necesidad como causa de inculpabilidad de forma similar a los previsto en el § 35 del Código Penal alemán (59), perturba sin duda

física, patrimonio o intimidad valen más, menos o igual que las de un tercero en una situación de peligro que me es extraña? Aquí no basta con señalar, *op. cit.*, p. 221, que «la ponderación se hace conforme a las valoraciones del Derecho». La ubicación en el segundo nivel de justificación del principio de autonomía individual, tal y como propone este penalista (*op. cit.*, p. 230), no convence, si en algún momento previo no se ha señalado el sustento normativo que sostiene –también frente al perjudicado– tal ponderación.

(59) Según CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 286, de *lege ferenda* «debería mantenerse... este requisito en el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, sustituyendo la palabra «intencionadamente» por la de «culpablemente»..., pero no debería incluirse en el estado de necesidad como causa de justificación. La provocación de la situación de necesidad, por parte del sujeto, podría ser tenida en cuenta en la ponderación de intereses y a pesar de la provocación –incluso intencional– el interés o los intereses salvaguardados podrían ser de superior valor a los lesionados y no implicar la conducta un grave atentado a la dignidad de la persona humana. En el estado de necesidad como causa de inculpabilidad si el sujeto provocó culpablemente la situación de necesidad le era exigible la obediencia al Derecho y no podría verse amparado en la eximente». En un sentido distinto SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», cit. n. 34, pp. 683 s., para quien este elemento integra una «cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho», operando «de modo subsidiario a la ponderación de males. Así pues, sólo una vez determinado que el mal causado no es mayor que el que se trataba de evitar debe pasarse a examinar si la situación de necesidad ha sido provocada intencionadamente». Sobre su función en el § 35 StGB, v. ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito*, cit. n. 16, p. 59. Sobre sus orígenes, contexto histó-

como componente de una definición que comprende también la causa de justificación (60). Con carácter general, se entiende que la existencia de una situación de necesidad y de una provocación previa son

rico y doctrinal en el momento de sus introducción y sucesivas modificaciones, ampliamente, v. ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 30 ss., señalando la importancia en su adopción de diversas razones –casuísticas, influencias extranjeras, etc.– todas ajenas a su fundamento pp. 37 ss., 99 ss.

(60) Ampliamente, sobre distintos intentos de fundamento, v. ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 46 ss. Esta autora señala su incongruencia tanto desde la perspectiva de la ponderación de intereses como de la perspectiva, algo más matizada que defiende, v. pp. 59, 81, 95 ss., 177 s., 203 ss., 305, 393, 457 y 486, por ejemplo; e insiste en su supresión, v. pp. 218, 230, 393, 422, 473, 553, 586. ROPERO CARRASCO, *op. cit.*, pp. 57, 80, 98, 176, 265, 315 y 488, encuentra el fundamento en el principio de protección de bienes jurídicos buscando el menor perjuicio posible el cual debe ser matizado en atención a los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, autonomía del ciudadano en la defensa de sus bienes y el criterio de la ponderación de intereses. Desde tal perspectiva entiende que el problema de la provocación no es un problema de causas de justificación, sino de imputación del resultado conforme a sus requisitos ordinarios o, en su caso, de imputación expresa como comportamiento peligroso (cfr. pp. 395 ss., 505 ss., 555 ss. Así ya también GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, p. 78), si bien, dada su introducción en la definición legal, propone de *lege lata* una reducción teleológica que limita el alcance de esta cláusula a aquellos comportamientos que hayan buscado, de propósito, el estado de necesidad en sí mismo y las consecuencias que de él se derivan (cfr. pp. 145 ss., 173 ss., 220 ss.). Sólo en estos casos quedaría excluida la apreciación del estado de necesidad.

La postura de Roper Carrasco se encuadra, no obstante en un planteamiento más amplio cuya debilidad principal proviene del excesivo descuido de la posición jurídica del perjudicado. Desde el momento en que se advierte que los bienes e intereses afectados son titularidad del mismo, no basta con afirmar, *op. cit.*, pp. 407 s., que «en el caso del estado de necesidad la conducta necesaria es tolerada por el ordenamiento, ya que éste debe ceder ante la realidad que en ocasiones demuestra que determinados intereses sólo pueden ser salvados a costa de otros», dando la impresión de que, en su comprensión, «die einzelnen Personen tauchen blo noch als Orte des Nutzens, als beliebig austauschbare Vertreter eines “Befriedigungssystems”, als Instrumente unpersönlicher Wertmaximierung auf», en palabras de PAWLICK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 42 s. En la doctrina italiana v. PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, p. 381. En cuanto al particular concepto de desvalor de resultado que se infiere de su trabajo (cfr. ROPERO CARRASCO, Julia, *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 407 ss.), tampoco puede ser compartido. En nuestra discusión, el desvalor de resultado es desvalor jurídico-penal, por tanto realización de la infracción de una norma jurídico-penal. En consecuencia no convence el método para su determinación ni su anteposición al problema de la valoración de la conducta (v. pp. 412 ss.). En sentido contrario, no obstante, también v. LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 95 ss., y 597 s.

cuestiones independientes: la primera opera en función de si la concreta situación responde o no a su fundamento –según la doctrina mayoritaria, ponderación de intereses con las matizaciones señaladas–, mientras que la segunda plantea un problema general de imputación. En este sentido, señala Ropero Carrasco que no se entiende «cómo la provocación, que es una conducta diferente y previa a la situación de colisión, repercute en el valor de los intereses implicados en este estado, ya que ni puede influir, en mi opinión, en la cualidad de los bienes o deberes en conflicto, ni tampoco en la entidad del mal evitado o causado» (61).

Ciertamente, si se atiende al grado de incumbencia de los actores en relación con la situación de necesidad –dentro un esquema estructurado sobre las ideas de autonomía individual y solidaridad intersubjetiva– y se encuadra dentro del amplio marco que ofrece la ponderación de intereses (62), la cosa cambia. Ahora bien, incluso partiendo de estas posiciones, la relevancia a la posible provocación intencionada –en cuanto fuente de incumbencias– dentro de la definición legal debe expresarse en otros términos. La solución que recoge Molina Fernández en la regla cuarta de su propuesta de *lege ferenda*, aunque se aproxima en mayor medida, no convence: «El cumplimiento de los requisitos anteriores no eximirá de responsabilidad a quien haya provocado dolosa o imprudentemente la situación de peligro» (63). Porque mezcla los conceptos. Una cuestión

(61) ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, p. 177. En este sentido, también entiende GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, p. 68 s. n. 166; la misma: «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», *RDPC*, 2005/15, p. 140 n. 130, que este requisito ni responde al fundamento de la causa de justificación ni puede «tampoco legitimarse convenientemente desde exigencias político criminales, sino que más bien... [ha sido introducido] en la causa de justificación por su regulación conjunta con la de inculpabilidad dónde sí puede jugar un papel». En la doctrina italiana v. PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, p. 387, quien señala, con razón, que este «intento legislativo di limitazione dell'area applicativa della norma... sembra essere un po' estraneo alla sua *ratio* intesa nel senso oggettivo». En sentido contrario, sin embargo, desde la perspectiva del principio de solidaridad entiende KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, p. 254 marg. 9 y p. 205 marg. 142 s., que la provocación por parte del actor incide en «*seinen Anspruch auf fremde Solidarität in Form von Duldungspflichten*».

(62) En un sentido próximo al planteamiento de BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, *passim*.

(63) MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, pp. 228 s. n. 58. En sentido contrario, v. ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, *passim*. Anteriormente también GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus

es la conducta justificada, se tenga o no en consideración el grado de incumbencia del agente en la ponderación de intereses, y otra cuestión, si es posible derivar responsabilidad jurídico-penal de la conducta previamente realizada. El problema de la provocación si se introduce, debiera hacerse, simplemente, señalándolo como un aspecto más dentro de la ponderación de intereses. Con otras palabras, dentro de la regla tercera de la propuesta de *lege ferenda* que realiza Molina Fernández, donde se hace referencia a «todos los intereses y obligaciones jurídicamente reconocidos, directos e indirectos, generales y particulares» que deben tenerse presente en la ponderación (64).

En cuanto al último componente: «que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse», según entiende una importante doctrina este requisito no puede entenderse como un principio o criterio de valoración independiente. Así, se señala, con razón, que «la existencia de un deber de sacrificio por parte del necesitado podría ser tenida en cuenta en la ponderación de intereses y a pesar de la existencia de dicho deber, en ocasiones, el interés o intereses salvaguardados podrían ser de superior valor a los lesionados y no implicar un grave atentado a la dignidad de la persona humana» (65). Luego, parece que —e insisto— si se introduce debe hacerse en términos similares al requisito anterior, esto es, en cuanto aspecto a tener en cuenta específicamente dentro de la ponderación intereses. Dicho con un ejemplo, «los intereses particulares jurídicamente reconocidos y las obligaciones que impongan deberes de sacrificio superiores, beneficiarán o perjudicarán respectivamente sólo a aquéllos en quie-

besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, p. 78.

(64) *Ibidem*.

(65) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 288 s. Con matices, también MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 333, señalando, con razón, que en ningún caso cabe «exigir a nadie un comportamiento heroico o virtuoso»; QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 34, p. 533. En la doctrina italiana, señalando la necesidad de «una particolare cautela applicativa del limite stesso in tutti i casi di forte sproporzione tra il pericolo corso e il danno inferto a terzi», PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, pp. 389 s. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, p. 307 marg. 148. No obstante, sobre ello, también v. BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 252 s. Más recientemente PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 215 ss.

nes concurran» (66). De esta otra forma se evita la quiebra del principio de ponderación de intereses advertida por la doctrina (67).

Como se habrá apreciado, buena parte de las objeciones apuntadas no se deben tanto a los concretos elementos introducidos en la definición legal como a la forma en que se ha hecho. Tampoco permite mucho más el discurso de *lege lata*. El proceder de nuestro legislador, más que a una reflexión sobre los principios que deben inspirar la resolución del estado de necesidad, parece responder a una orientación casuística, a la preocupación de que quien provoque una situación de conflicto de estas características pueda esgrimir sin más la causa de justificación en un momento posterior, o que quienes ocupan posiciones jurídicas especiales crean rebajados el rigor de las mismas en las situaciones de riesgos a las que éstas responden. Sin embargo, la introducción de este tipo de excepciones puede quebrar la estructura del instituto. Toda excepción o apunte casuístico, si no se reconduce al principio o principios que rigen la estructura de cualquiera de las causas de justificación, en tanto que responden a un problema particular o, en el mejor de los casos, grupo de problemas particulares, desdibujan y entorpecen su desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Por ello es preciso su encuadre y valoración desde la perspectiva –más general– que ofrecen los principios estructurales de la eximente (68). Si se entiende que una determinada clase de conflictos debe resolverse en sede de antijuridicidad a través de la ponderación de intereses y el derecho a la dignidad, no por ello tiene que agotarse la definición legal en su enunciación. Dado el grado de abstracción, puede parecer conveniente la introducción de matizaciones como las señaladas. Sin embargo, una incorporación asistemática resta flexibilidad, justamente, en una categoría de la teoría jurídica del delito que, dada su orientación político-criminal, es la que más precisa de cintura (69).

(66) Tal y como establece el tercer principio de la propuesta que nos hace MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 229, n. 58, si bien surgen dudas sobre si obvió u optó por no conceder relevancia a su conocimiento a estos efectos.

(67) Así ya GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, p. 65

(68) Así por ejemplo, en relación con la posición del sujeto activo, también v. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 198 ss.

(69) Señala este aspecto MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 223. Anteriormente también, v. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, pp. 279 s. En la doctrina alemana GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, p. 294.

La comprensión de la antijuridicidad como una categoría que, más allá de las funciones antes comentadas relativas al examen de justificación, asume igualmente funciones de graduación de lo injusto (70), explica la inclusión en ella de una serie de institutos heterogéneos reductibles —a su vez— a fundamentos de carácter, incluso, antagónico. En concreto, se tiende a ubicar aquí los restantes elementos referentes a lo injusto ulteriores a los que fundamentan lo específico de cada concreta figura delictiva, con otras palabras, tanto las circunstancias atenuantes como las agravantes —insisto, no abarcadas por la tipicidad y— relevantes en este plano (71). Frente a las causas

(70) Ampliamente, ya ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 436, 438, 441 s., por ejemplo. Más recientemente, también BOLDOVA PASAMAR, M. Á., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 36 ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 139; PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, pp. 98, 122 s.; aludiendo junto a razones de proporcionalidad y certeza SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 4, 6 y, con amplias referencias, pp. 66-9. En la doctrina alemana, fundamental, GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsauschlu*, cit. n. 8, pp. 114 ss., 126 ss., 373 ss.

(71) Pues, como explican MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 476, se trata de elementos que recorren «la Teoría del Delito en la medida en que es posible apreciar en ellas elementos que, sin afectar a la existencia del delito, hacen que la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor aumente o disminuya». Con anterioridad, también v. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 435 ss.; la misma: «Circunstancias del delito e inseguridad jurídica», *CDJ*, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 1995, pp. 51 ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. Á., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, cit. n. 70, p. 43; Díez RIPOLLÉS, J. L., «Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español», *ADPCP*, 1977, pp. 597 ss., especialmente, pp. 642 ss.; más recientemente, el mismo: «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 899; TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, «Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal», cit. n. 2, pp. 72 s. Acentuando la importancia autónoma de razones político-criminales FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2004, p. 10; SALINERO A., C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, cit. n. 70, pp. 5, 41, 46, 53, 55, 72 ss. Más allá GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n. 4, pp. 15, 26, 27 y 30-3, concluyendo —en p. 32— que «éstas no se refieren, ni pueden concretarse sin más con los elementos esenciales de la infracción, esto es, con injusto y culpabilidad. Más bien inciden en la gravedad del hecho, que no se mide exclusivamente en consideración al injusto y a la culpabilidad, sino también atendiendo a la mayor o menor necesi-

de justificación, se trata de institutos que no persiguen resolver situaciones de conflicto en el sentido que acabamos de ver en relación con el estado de necesidad, sino que «como la etimología indica (de *circum stare*)» introducen principios de valoración de «aquello que se encuentra en torno a un hecho –delito– sin afectar a su esencia» (72). Ello permite una notoria simplificación de las definiciones legales, dada la mayor sencillez del supuesto de hecho –no se trata de delimitar una situación de conflicto, sino de pincelar los elementos accesorios objeto de (des)valoración– y de los criterios de ponderación, muchas veces fundidos en el elemento anterior. Sin embargo, la excesiva orientación casuística que aún muestra nuestro legislador –pese a los esfuerzos realizados– aconseja, igualmente, una redefinición de las mismas conforme a principios.

Así, por ejemplo, una simple lectura del artículo 22 de nuestro Código Penal basta para llamar la atención sobre el hecho de que se haya introducido en un mismo apartado de la cláusula general de agravantes el uso de disfraz y, seguidamente, una serie de circunstancias agravantes tan distintas como la ejecución del hecho «con abuso de superioridad o aprovechando de las circunstancias de

dad de tutela»; ampliamente, v. el mismo: *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, en *Colección de estudios del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia*, 1988, pp. 93 ss., 145 ss., 149, 150, 177, 200. Críticamente, también PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, pp. 46 s.

(72) ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, p. 193; más recientemente, la misma: «Circunstancias del delito e inseguridad jurídica», cit. n. 71, pp. 49, 55 ss. Sobre las notas de secundariedad y accidentalidad SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 27 s. Señalando su carácter accesorio FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, cit. n. 71, p. 10. Ampliamente, también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit. n. 71, pp. 85 ss. Se trata, según BOLDOVA PASAMAR, M. A., La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, cit. n. 70, p. 41, de elementos que cumplen «una función secundaria o inesencial en la caracterización de su objeto referente», «mientras la delimitación y los contornos de lo punible vienen dados por los elementos permanentes de la estructura del delito, las circunstancias favorecen únicamente el juicio de caracterización singular o particular de cada aspecto esencial de lo punible» (p. 43).

Sobre su desarrollo histórico, ampliamente, v. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit. n. 71, pp. 7 ss.

lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente». Al importante grado de heterogeneidad de estas circunstancias se añade una referencia *—in fine—* a los que parecen ser sus dos posibles fundamentos: debilitación de la defensa o facilitación de la impunidad. Sin embargo, parece que la técnica legislativa debió ser más bien la inversa: partir de la *ratio* agravatoria, y erigir así la definición sobre el núcleo de la circunstancia, y añadir *—a modo de explicación—* una serie sucesiva de ejemplos. Y, en vez de quebrar la estructura del apartado, pensar en una redistribución de su contenido a través de un siguiente apartado en función de que se expliquen por una u otra razón agravatoria.

Por ejemplo, en relación con la primera circunstancia, el uso de disfraz, parece que si la *ratio* que subyace a su previsión como agravante es, por una parte, «una mayor gravedad de lo injusto y concretamente del desvalor de acción si se realiza con el fin de facilitar la comisión del delito» (73), y por otra, la facilitación de la impunidad del delincuente (74), su definición legal deberá atender no tanto a una

(73) Tal y como entiende CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 394, con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales en n. 93 y 96. En esta línea también, v. POLAINO NAVARRETE, M., «Artículo 22.2», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 925 ss., quien encuentra su fundamento, según señala en el primer lugar citado, «en el desvalor de la forma *fraudulenta* de comisión de comportamientos delictivos».

(74) Acentúa, ante todo, este aspecto MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 617 marg. 5. Aprecia esta *ratio* también FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, cit. n. 71, p. 23 n. 91. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 903, quien propone como fórmula: «ejecutar el hecho por el sujeto mediante circunstancias de lugar, tiempo o modo que tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución del delito o a facilitar la impunidad del delincuente». Críticamente, sin embargo, BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, cit. n. 70, pp. 111 ss., quien cuestiona tanto este tipo de fundamento agravatorio como la racionalidad de su reproche. Según este penalista, *op. cit.*, p. 111, se trata de razones agravatorias que parecen responder «a una visión caballerescas del Derecho Penal o a una absurda concepción del *fair-play* en el delito». En términos similares, también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n. 4, p. 33, señalando que no cabe «pretender que el delincuente lleve a cabo la infracción posibilitando su fracaso y dando ventajas... a la administración de justicia»; y anteriormente, el mismo: *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit.

forma o medio concreto empleado por el sujeto activo para «facilitar la ejecución del delito o evitar su identificación, rehuendo responsabilidades» (75), como es el disfraz, cuanto a los principios materiales sobre los que se sustenta la agravación misma. Con otras palabras: «Art. 22. Son circunstancias agravantes:

1.^a ...

2.^a Ejecutar el delito con medios o formas tendentes a dificultar la identificación del delincuente o/y facilitar su impunidad». Por razones de determinación y operatividad, este tipo de fórmula precisa complementarse mediante ejemplos: «... impunidad. Procede la apreciación de esta agravante cuando se ejecute el hecho mediante disfraz...» (76), aprovechando así la elaboración conceptual de los conceptos recogidos en las definiciones legales por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Ciertamente, un sistema más casuístico de agravación como el recoge nuestro Código proporciona también mayores límites gramaticales a su ámbito posible (77), pero mientras se opte por una cláusula de ejemplos de carácter cerrado –y sin perjuicio de ulteriores correcciones y simplificaciones– no se aprecian diferencias sustanciales en este aspecto. Sin embargo, el legislador ha optado por el proceder inverso, y en la definición de esta circunstancia parte de la casuística –esto es, del uso del disfraz o de concretas formas de manifestación de su *ratio* como las de tiempo o lugar– y sólo al final de la definición añade las que parecen ser sus dos principios materiales. Más allá de cuestiones de estricta técnica legislativa, la racionalización en el sentido expuesto de nuestro sistema de agravantes ayudaría a simplificar y dotar de mayor coherencia al discurso sobre las mismas. Siguiendo con el anterior ejemplo, el objeto de la argumen-

n. 71, pp. 151, 152 y 202, reclamando, en el segundo lugar citado, «una revisión de las circunstancias que permita la introducción de criterios político-criminales más acompañados con nuestro tiempo y que de paso posibilite una revisión del sistema de medición de la pena».

(75) STS 5 de mayo de 2004 (A. 2836), fundamento jurídico segundo. En nuestra doctrina ya ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 536 s. Más recientemente, por ejemplo, v. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 488.

(76) Si bien no se trata tanto de evitar reparos constitucionales, pues se hallan descritos sus elementos normativos (cfr. PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 377), como de carácter político-criminal. En la definición del régimen de agravantes, no es satisfactorio permanecer en un grado tan elevado de abstracción.

(77) En este sentido, v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 287 ss.

tación no tiene por qué consistir entonces tanto en convencer de que quien se cubre con una bufanda hasta el borde de la nariz va disfrazado a efectos jurídico-penales (78), como de argumentar que la vestimenta elegida, al ocultar buena parte del rostro, dificulta –según se propone para este precepto– su identificación y, por tanto, la atribución de las correspondientes responsabilidades jurídico-penales pudiendo subsumirse, concretamente, en los supuestos de disfraz.

En cuanto al resto de circunstancias recogidas en esta cláusula, el abuso de superioridad y las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas, podrían incorporarse como ejemplos a la explicación de este hipotético artículo 22 apartado segundo del Código Penal o/e integrar un apartado siguiente. Por ejemplo, continuando con este esquema, al apartado tercero se le podría dotar de una estructura similar a la siguiente: «3.ª Ejecutar los hechos con medios, modos o formas tendentes a facilitar la comisión del delito», y en la serie de ejemplos que ayudan a explicar la misma se puede introducir el «abuso de superioridad, aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas» y si se quiere, también, el uso de disfraz, dada la versatilidad jurídico-penal de su significación en términos de desvalor (79).

Sin duda, se habrá advertido la proximidad de esta última definición, para un hipotético apartado tercero del artículo 22 del Código Penal con la prevista actualmente en su número primero, la definición de la alevosía. No es casualidad. Como se sabe, en este apartado se castiga a quien «comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». A ello el legislador ha denominado expresamente alevosía. Sin embargo, en el número siguiente incluye, como se ha visto, el abuso de superioridad junto con las mencionadas circunstancias de lugar, tiempo y el auxilio de otras personas «que debiliten la defensa del ofendido». Los

(78) Cfr. con ulteriores ejemplos GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, p. 97.

(79) No obstante, v. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 617 marg. 5 y 620 marg. 20, quien agota su fundamento en el anterior aspecto señalado, esto es, la especial facilidad de la impunidad. Señalando la trascendencia de las mismas en sede de culpabilidad MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 21, p. 478. En el sentido apuntado, señalando la necesidad de «reagrupar y redefinir todas las agravantes fundadas en una disminución de la capacidad de defensa», con anterioridad v. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n. 4, p. 35.

posibles solapamientos entre el abuso de superioridad, auxilio de otras personas, la alevosía y otras circunstancias agravantes –además de las aludidas más arriba– como puede ser el abuso de confianza son evidentes. Por poner un ejemplo, el uso sorpresivo de una navaja, que permite sustentar el abuso de superioridad en la última sentencia referida, puede entenderse también como un medio, modo o forma idóneo para asegurar la ejecución del resultado (80). Así, recientemente, en relación con un supuesto de uso sorpresivo del arma, se mantiene en la STS 28 de enero de 2004, fundamento jurídico segundo, que en los supuestos de alevosía «proditoria o a traición destaca como elemento esencial el *abuso de confianza* o de una *situación confiada* en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o situación de confianza existente... En la modalidad de *alevosía sorpresiva*, que participa en gran medida de la caracterización de la proditoria, lo característico es que la víctima no llega a poder reaccionar al ataque realizado por el agresor al verse sorprendido en ese actuar contra su persona... El relato fáctico refiere una *actuación sorpresiva*, al expresar que el arma se extrae *repentinamente*... que asegura la producción del resultado con imposibilidad de defensa por parte del perjudicado» (81). Aquí sólo pretendo llamar la atención sobre el solapamiento conceptual y material que se favorece, ya en sede de ley, entre las circunstancias recogidas en los números primero, segundo y sexto del artículo 22 de nuestro Código: en el discurso sobre la alevosía se alude a situaciones de confianza o

(80) En este sentido, también v. Díez RIPOLLÉS, J. L., «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, pp. 902 s.

(81) A. 4112, cursiva añadida. En la doctrina, anteriormente, v. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, p. 472 y, en relación con su delimitación frente al abuso de confianza, pp. 509 ss. También GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, p. 91 con sucesivas referencias en n. 84. En relación con el abuso de confianza, también v. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, pp. 619 s. marg. 18. Señalando el dudoso componente de culpabilidad que puede incorporar la denominada alevosía «proditoria o a traición», MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 478. En este último sentido ya advierte ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 340, 342, 357, 468 ss., que la *ratio* agravatoria de la alevosía incorpora históricamente, junto con componentes objetivos referentes al modo de ejecución, «una actitud espiritual más o menos censurable» consistente en la cobardía, si bien matiza su carácter secundario, v. pp. 492-5, por ejemplo. En relación con el abuso de confianza, también PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 181.

al factor sorpresa que, en otras sentencias, ayuda a sustentar la apreciación de, por ejemplo, el abuso de superioridad. Con independencia de la complejidad del discurso, y los esfuerzos a los que se obliga a doctrina y jurisprudencia, todo ello genera riesgos evidentes de –entre otros aspectos– doble (des)valoración, riesgos que provienen y, por tanto, debieran afrontarse también en sede de ley. Pues serían superables, simplemente, con un mejor ejercicio de técnica legislativa.

La racionalización del régimen de agravantes en el sentido expuesto abre la puerta a ulteriores discusiones como, por ejemplo, la relativa a una posible graduación y diferenciación en términos de desvalor. La estructuración del sistema de circunstancias agravantes –de forma principal– sobre principios como «ejecutar los hechos con medios o formas tendentes a facilitar la comisión del delito», «ejecutar el delito con medios o formas tendentes a dificultar la identificación del delincuente o/y facilitar su impunidad» o, simplemente, «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito» tal y como se recoge en la circunstancia quinta de nuestro actual artículo 22, facilita una ulterior racionalización del sistema de agravantes en el plano de las concretas consecuencias jurídicas (82). En principio, cabría pensar en múltiples opciones: la introducción de un sistema de consecuencias de carácter escalonado en función de la importancia en términos de desvalor, etc. Sobre ello, me limito a apuntar aquí mis dudas sobre el acierto político-criminal de la equiparación de quien, como en el supuesto aludido más arriba, se limita

(82) En este sentido, señala el desequilibrio entre las circunstancias según su ubicación en la parte general o especial BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, cit. n. 70, p. 44, aludiendo en n. 49 a clasificaciones según los efectos como la sugerida por GIMBERNAT en relación con los delitos contra la vida. En concreto, diferenciaba este último autor, en «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, pp. 438 s., entre agravantes «leves», «intermedias» e «hiperagravantes» según su incidencia en el título de imputación y la pena. Señalando su diversa operatividad, recientemente, también FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, cit. n. 71, pp. 25 s.; SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, cit. n. 70, pp. 24 s. Señalando la necesidad de una mejor acotación de los marcos penales, también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n.4, p. 34; anteriormente, también v. el mismo: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit. n. 71, pp. 90, 150 s., señalando la necesidad de una urgente racionalización.

a cubrirse la cara con una bufanda con la conducta de quien en la comisión de los hechos, además de una mayor complexión física hace «uso de un arma muy peligrosa y también el hecho sorpresivo de sacar la navaja que llevaba escondida en su calcetín» (83). Los desequilibrios aumentan cuando, en vez del abuso de superioridad, analizamos cualquier supuesto de ensañamiento, sin perjuicio de su especial consideración en la parte especial. Por ejemplo, cuando se compara la conducta del sujeto de la bufanda con quien inflige «cortes o puñaladas y multitud de golpes violentos, entre ellos una patada que causó a éste el arrancamiento de un diente incisivo central y del diente incisivo lateral superiores izquierdos, buscando con todo ello..., aumentar innecesariamente el dolor de la víctima» (84). Parece que, con carácter general, el grado de desvalor de quienes tratan de ocultar su identidad y/o facilitar su impunidad deberá ser menor que el que muestran los actos «tendientes a facilitar la comisión del delito», pues aquí ya se trata de elementos que inciden de forma importante sobre el nivel de riesgo que amenaza el bien jurídico; y estos a su vez, pueden mostrarlo frente a aquellos que más allá de aspectos de desvalor —de acción y resultado— adquieren relevancia incluso, en sede de culpabilidad, como pueda ser aumentar «deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima». La racionalización del sistema de agravantes podría facilitar una eventual discusión sobre la conveniencia y, en su caso, posibles soluciones a la equiparación general de las agravantes en sus consecuencias jurídicas, según se dispone en la regla tercera del actual artículo 66 de nuestro Código Penal. También un mayor engarce con sus manifestaciones en la parte especial. Sin embargo, sobre ello poco más puede decir quien no es un especialista en la materia.

Aunque la mayor orientación del sistema de circunstancias hacia los principios, frente a la casuística, podría traducirse en una pérdida de determinación, dada la mayor abstracción de las razones que subyacen a las agravantes frente a definiciones como la de «ejecutar el hecho mediante disfraz» o la alusión a circunstancias como las de lugar o tiempo, debe matizarse que se trata de conceptos jurídico-penales cuyo significado viene determinado por propuestas de fundamento como los enunciados (85). En consecuencia, frente a una regu-

(83) STS 22 de diciembre de 2003 (A. 615), Fundamento jurídico segundo.

(84) *Ibidem*.

(85) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 394.

lación casuística que deja en un segundo plano los principios materiales de resolución, la orientación de las definiciones hacia estos coloca en primer plano las razones materiales que, en definitiva, sustentan su apreciación. Asimismo, la traducción de los principios a un nivel de ejemplos no sólo les confiere una margen razonable de claridad (86), también, conservar los límites gramaticales que – pese a la matización realizada, también– genera un modelo de regulación como el vigente (87).

Las anteriores reflexiones, particularmente, las referentes a las de mayor certeza y coherencia del discurso jurídico son extrapolables, con matices, al régimen de las circunstancias atenuantes recogido en el artículo 21 de nuestro Código Penal. Así, por ejemplo, frente a una regulación como la prevista en la circunstancia cuarta de este precepto: «la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades» (88), se muestra más razonable partir de la posible *ratio* de la misma, por ejemplo, la «facilitación de la investigación criminal» (89), e introducir posteriormente una serie de ejemplos que concreten y faciliten su significado: la realización de actos de confesión, colaboración, etc. Más allá de razones de injusto, culpabilidad o – como en este caso– oportunidad, la diversa eficacia jurídica de las circunstancias atenuantes frente a las agra-

(86) Así ya Maiwald, cit. por PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 365, con ulteriores referencias en n. 816.

(87) En cuanto a la naturaleza e idoneidad de los concretos componentes que se elijan para formular las definiciones –*ratio* y ejemplos– de estas circunstancias: elementos descriptivos y desvalorativos; vale, en buena medida, lo avanzado en otro lugar en relación con la categoría de la tipicidad, SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: tipicidad», cit. n. 1, apartado II.

(88) Aunque en este caso ya no se trata de cuestiones de injusto sino, fundamentalmente, razones de carácter político-criminal, cfr. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 486. También BOLDOVA PASAMAR, M. Á., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, cit. n. 70, p. 90, señalando la tendencia en su comprensión «a hacer primar esencialmente la utilidad objetiva de ciertas conductas, sea para la sociedad, la Administración de justicia o la víctima»; FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, cit. n. 71, pp. 13, 25, 132 s.; SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, cit. n. 70, pp. 81 y 85, aludiendo a razones utilitaristas y pragmáticas relativas a la persecución de los hechos.

(89) STS 13 de febrero de 2004 (A. 2217), fundamento jurídico segundo.

vantes permite un mayor margen de configuración, en tanto que determinan una –también– diferente relación con el principio de legalidad. Así, frente a la necesidad que veíamos respecto a este último componente de la definición legal de cerrar la cláusula de ejemplos de cada una de las circunstancias agravantes, aquí aunque parece igualmente razonable su introducción por motivos de claridad y operatividad, es posible flexibilizar e, incluso, prescindir de los –mayores o menores– límites gramaticales que también incorporan las mismas, con otras palabras: introducir cláusulas de ejemplos de carácter abierto. Ello, sin duda, incidiría en el actual contenido de la circunstancia sexta del artículo 21 de nuestro Código Penal. En cualquier caso, de *lege ferenda* las atenuantes genéricas ofrecen escaso margen de discusión en sede de antijuridicidad.

Hace algunos años se manifestaba Cerezo Mir en contra de la determinación de la naturaleza jurídica y de los principios fundamentales de las causas de justificación ya en sede de ley (90). Argumentaba que así se evita «que la regulación legal deba considerarse pronto como superada y suponga un obstáculo para el posterior desarrollo de la Ciencia del Derecho penal» (91). En relación con la primera cuestión, sólo puedo coincidir con sus razones (92). De haber procedido, como hace el legislador germano, a establecer cuando el estado de necesidad tiene naturaleza justificante y cuando es relevante en sede de culpabilidad, hubiese obstaculizado una discusión como la –aquí tan solo– esbozada (93). En cuanto a la segunda, debo disentir. Porque entiendo que no es una regulación orientada a principios la que puede limitar la flexibilidad y desarrollo de las causas de justificación. Basta pensar en algunas de las pautas señaladas más arriba para solucionar las situaciones de necesidad: el derecho a la dignidad, solidaridad intersubjetiva, autonomía individual o, simplemente, la idea de ponderación de intereses. Como vemos, no se trata de valores o principios jurídicos cuya superación pueda plantearse de un día para otro. Entre otras razones, porque muchas veces se trata de los mismos cimientos valorativos sobre los que asienta la constitu-

(90) CEREZO MIR, J., «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», cit. n. 21, pp. 18 s.

(91) *Ibidem*.

(92) Así, también v. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, p. 74.

(93) Sobre la misma, ampliamente, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 246 ss.

ción jurídica de nuestra sociedad (94). En cuanto a su posible déficit de flexibilidad, creo que precisamente su mayor grado de abstracción –y en tanto que meros criterios de ponderación– facilita una adaptación satisfactoria a la, sin duda, vertiginosa realidad a que pretende responder nuestra disciplina. Es, por el contrario, una regulación orientada al problema concreto: al disfraz, al despoblado, etc.; y en definitiva al aspecto circunstancial frente a su *ratio*, la que puede introducir y ha introducido elementos que, como hemos visto más arriba, plantean importantes problemas en su desarrollo y aplicación.

III. REFLEXIONES SOBRE EL TIPO SUBJETIVO

La discusión sobre los aspectos subjetivos de esta categoría muestra importantes particularidades, disociándose incluso en cierta medida –por la acentuación de otros aspectos sistemáticos– del enfoque político-criminal apuntado. Aquí ya no se trata tanto de resolver «conflictos sociales en contextos complejos» (95), como más concretamente, de compensar –en términos de valor– los elementos que constituyen o/e integran lo injusto –desvalor de acción y resultado– en el ámbito de la tipicidad. Al igual que se acepta la existencia de elementos subjetivos en el primer escalón de la teoría jurídica del delito, la doctrina mayoritaria conviene en la existencia y necesidad de elementos de tal carácter en las causas de justificación (96), y se habla, incluso, de ánimo o voluntad de defensa en relación con la causa de justificación de la legítima defensa o, por poner otro ejemplo, de evitar un mal propio o ajeno en relación con el estado de necesidad (97). Así, mantiene Cerezo Mir, que «del mismo modo que

(94) Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, también GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, p. 234.

(95) Cit. n. 17.

(96) Sobre ello, fundamental, v. TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, *passim*. Sobre la problemática relativa a su ausencia, también GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, *passim*.

(97) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 196-9. En la doctrina alemana, por ejemplo, HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, cit. n. 35, § 34 margs. 45 y 47. En sentido contrario, señalando la suficiencia del elemento intelectual, entre otros v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Prólogo a TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de*

lo injusto de los delitos de acción dolosos e imprudentes sólo queda constituido cuando al desvalor de acción se añade el desvalor de

justificación y de atipicidad penal, Comares, Granada, 2000, p. XXIV; GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, pp. 71, 72 y 77, con referencia al tenor literal de las definiciones legales; LUZÓN PEÑA, D.-M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit. n. 21, p. 38, salvo en supuestos de inequívoca exigencia legal; el mismo: *Curso de Derecho Penal*, cit. n. 21, pp. 580 s.; el mismo: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 550 s.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 89; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, pp. 312 s.; ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 139 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», cit. n. 34, p. 652. En la doctrina alemana, por ejemplo v. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», en *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, pp. 135 ss., y en relación con las denominadas causas de justificación mutiladas de dos actos, pp. 145-8; KÜHL, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, p. 131 marg. 11a y, en relación con el estado de necesidad, p. 321 margs. 183 s.; LENCKNER, T./PERRON, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 34, § 34, marg. 48. Con matices GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, cit. n. 16, pp. 134 ss., quien entiende, p. 140, que el conocimiento «enmarcado en un determinado contexto dogmático sobre la acción y el injusto, es... absolutamente suficiente para el incluir el momento volitivo». Más recientemente TRAPERO BARREALES, M.ª A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 287 s., quien considera «que la solución correcta ha de ser la afirmación del presupuesto subjetivo en el sentido de conocimiento de la concurrencia de la situación justificante. Este contenido cognoscitivo supone admitir también un cierto componente o elemento volitivo, a semejanza del contenido volitivo del dolo... Al igual que el dolo se compone de dos elementos, intelectual y volitivo, y estos deben abarcar los elementos del tipo positivo o tipo indiciario... Se rechaza la necesidad de que el sujeto deba actuar con una cierta finalidad o propósito como contenido de los presupuestos subjetivos de justificación; el concepto de dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias pone de relieve cómo ha de ser concebido el elemento volitivo en el presupuesto subjetivo de justificación». En esta última línea, también v. RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 196 ss., 583 ss., 600 ss., quien reduce el elemento volitivo a los siguientes términos, *op. cit.*, p. 200: «Ein Wollen ist dabei grundsätzlich bereits gegeben mit dem Verhalten in der hinreichend sicheren Kenntnis, durch die mit diesem gesetzten Faktoren Risiken bzw. Chancen - eine bestimmte Realitätsveränderung, hier im Sinne eines bestimmten Rechtfertigungsgrundes, zu bewirken»; coincidiendo, por tanto, con los autores anteriores. Sobre los elementos intelectual y volitivo en la construcción de este penalista, definición y presupuestos, ampliamente: *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 383 ss.

En relación con esta clase de elementos también son interesantes las reflexiones de MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 723, 724, 740 s. Sobre todo esta cuestión, exhaustivamente v. TRAPERO BARREALES,

resultado, la exclusión de lo injusto requiere la concurrencia del valor de la acción y del valor del resultado de las causas de justificación, es decir, la concurrencia de todos los elementos subjetivos y objetivos que sirven de base a las mismas» (98). Y más recientemente, Trapero

M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 78 ss., y desde un posicionamiento crítico con el contenido volitivo, 148 ss., en especial, 172 ss.

(98) Con amplias referencias bibliográficas, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 196 ss. En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. n. 16, p. 148; señalando la necesidad de «que las valoraciones positivas aportadas por las causas de justificación superen a las negativas del tipo», Díez RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 132; GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, pp. 58 s., quien mantiene que «los elementos subjetivos de justificación tienen para el tipo de justificación el mismo valor y estructura que los elementos subjetivos de lo injusto para los tipos de injusto»; expresamente, también v. la misma: «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», cit. n. 61, pp. 131 y 144, hablando, por razones de coherencia, de un necesario «paralelismo entre la formación y la exclusión de lo injusto»; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, p. 287; HUERTA TOCILDO, S., Sobre el contenido de la antijuridicidad, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 84 y 123; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, p. 395 n. 68, señalando que esta «concordancia entre fundamentación y exclusión del ilícito no debería merecer especial atención, por su obviedad»; SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, cit. n. 28, pp. 78 s.; SANZ MORÁN, Á. J., «Los elementos subjetivos de justificación», en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 723, 725 s., quien, siguiendo a Frisch, sitúa su fundamento normativo en la decisión legal de castigar la tentativa inidónea; SUÁREZ MONTES, R. F., «Breve apunte histórico sobre el elemento subjetivo en la legítima defensa en los Códigos Penales españoles», en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1015; VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. n. 15, pp. 52, 71 ss., quien entiende, en la segunda página citada, que «norma de determinación, injusto personal y relevancia del elemento subjetivo en las causas de justificación, aparece como una ecuación difícilmente cuestionable». En la doctrina alemana, por ejemplo, v. FRISCH, W., «Grund und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, pp. 122 ss., quien, en última instancia, sustenta la necesidad de elementos subjetivos en el objeto de justificación; GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, cit. n. 8, pp. 242-6; KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, pp. 131 s. marg. 12; RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, p. 381; el mismo: «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema*

Barreales reafirma monográficamente estos términos de discusión: «para la exclusión total del injusto es necesario que se produzca la compensación del injusto fundamentado a través del desvalor de acción y de resultado... La situación objetiva de justificación tiene la virtualidad de compensar el desvalor objetivo de acción, y para contrarrestar el desvalor subjetivo de acción será necesario que concurren los presupuestos subjetivos de la correspondiente causa de justificación» (99).

moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 91; SCHMIDHÄUSER, E., «Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht», cit. n. 31, pp. 77 s.; SCHÜNE-MANN, B., «La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal», trad. castellana de Margarita Martínez Escamilla, ADPCP, 1991, p. 705; WOLTER, J., «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 112, 113 y 132, señalando, en el primer lugar citado, que las relaciones «surgidas en el plano de la fundamentación del injusto, se repiten, al modo de la imagen reflejada en un espejo, en el plano de las *normas permisivas* de las causas de justificación, es decir, de la exclusión de lo injusto». Más recientemente, en esta línea también, RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, p. 353, señalando, desde su concepción de los injusto como lesión-restablecimiento de relaciones jurídicas, que «aus diesem Ansatz ist zunächst abzuleiten, wie das intakte normative Verhältnis der Subjekte zueinander - der vorgängig anwesende Gegenstand unrechtlicher Verletzung - beschaffen ist. Von dieser Strukturbestimmung des Rechtsverhältnisses aus ist es sodann möglich, in einer Art Negation den Begriff des kriminalrechtlichen Unrechts bzw. des Verbrechen zu definieren. Dieser wiederum ist in seinen Komponenten die Basis für die Voraussetzungen der Rechtfertigung. Denn Rechtfertigung bedeutet in näher zu bestimmender Weise den "Ausgleich", die "Kompensation", unrechtlicher Verletzung - und damit die (Wieder-)Herstellung rechtlicher Verhältnisse». En un sentido distinto, también v. CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, pp. 124 ss., quien señala que «no se trata de neutralizar los desvalores que comportaron el injusto típico que a su vez puede fundamentar el injusto genérico sino de comprobar que se mantiene ese fundamento desvalorativo y, si se quiere, político-criminal del injusto específico en su confrontación con la totalidad del ordenamiento jurídico».

(99) TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 4 s., insistiendo, p. 2, en la necesidad de «abordar el estudio de los elementos subjetivos de la parte negativa del tipo (principalmente de las causas de justificación) desde el establecimiento de un paralelismo entre fundamentación y exclusión del injusto como única fórmula correcta de aclarar el contenido y función del elemento subjetivo en las causas de justificación». En sentido contrario, en relación con los criterios de compensación que emplea esta penalista, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 203, señalando que «el desvalor de resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la acción». De otra opinión, a su vez, apunta la divergencia de enjuiciamientos del desvalor de acción y resultado CARBO-

Ciertamente, existe discrepancia sobre múltiples aspectos. Así por ejemplo, sobre la suficiencia de elementos intelectuales o la necesidad además, de elementos volitivos, sobre su importancia y función en la justificación de los comportamientos imprudentes (100) o sobre las concretas soluciones para los supuestos de ausencia de los elementos subjetivos, en particular, sobre el hecho de si la ausencia del componente subjetivo de justificación permite apreciar el desvalor de resultado o, por el contrario, sólo cabe tentativa (101). Sin embargo,

NELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, pp. 123 ss., quien entiende que la exclusión de la antijuridicidad tiene lugar ya con la neutralización de cualquiera de sus componentes.

En cuanto a ulteriores componentes de este carácter, en concreto, en relación con la problemática relativa al examen conforme a deber, ampliamente, v. TRAPERO BARREALES, M. A., «El examen conforme a deber: ¿especial elemento subjetivo de justificación?», en G. QUINTERO OLIVARES/F. MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 827 ss., señalando las inconsecuencias, pp. 835, 836, 856 s., e innecesariedad de este elemento, pp. 860 ss.

(100) Así, por ejemplo, v. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, pp. 130 ss. En sentido contrario RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 319 s., quien entiende que «steht aber das Fahrlässigkeitsunrecht... in der Kategorie der Subjektivität, so vermag auch die Rechtfertigung fahrlässiger Deliktsbegehung die (Wieder-)Herstellung rechtlicher Verhältnisse keine Ebene mehr darzustellen, in welcher subjektive Elemente entbehrlich sein können; sie ist keine gleichsam “naturhafte” Kategorie, inhaltsbestimmbar jenseits des konkret-tataktualen Vollzugs aus Subjektivität». Si bien este autor, *op. cit.*, pp. 631 s., en los supuestos de ausencia de tal elemento subjetivo, llega igualmente a la solución de la impunidad por «Wegfalls der objektiven Unrechtsvoraussetzungen».

(101) Recientemente, de forma exhaustiva, TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 327 ss., quien entiende, p. 63, en este último sentido, que la realización de la conducta típica «desconociendo la concurrencia de la situación objetiva de justificación supone llevar a cabo una conducta peligrosa para el bien jurídico, el mismo grado de peligro que se produce en los casos de tentativa inidónea por falta de algún elemento del tipo (positivo). Si en este caso sí se castiga la conducta del sujeto, lo mismo se tendrá que contestar cuando falta el presupuesto subjetivo de justificación, ya que el desvalor subjetivo de acción es idéntico en los dos supuestos». Según TRAPERO, *op. cit.*, p. 75, «la acción del sujeto realizada sin tener conocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa revela una acción dirigida a la lesión del bien jurídico... pero que en el caso concreto no se produce por causas independientes de su voluntad —por la concurrencia de la situación objetiva de justificación—; en definitiva queda restante un desvalor de acción constitutivo de un supuesto de tentativa imposible». Plantea esta solución también GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, p. 51; HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit. n. 98, pp. 121 ss., señalando, en el primer lugar citado, que en estos supuestos concurre «una disminución del desvalor de resultado idéntica a la que es propia de la tentativa... puesta en peligro del bien jurídico a través del principio de ejecución

todas estas cuestiones muestran un carácter accesorio en el marco de la presente investigación. De relevancia aquí es la incidencia de esta comprensión —de la relación injusto-antijuridicidad— en el discurso de lege ferenda, si los términos de discusión sobre la relevancia y función de los elementos subjetivos en las causas de justificación y, más concretamente, la importante orientación de la antijuridicidad hacia la tipicidad que se infiere del discurso mayoritario debe incidir

de los actos encaminados a lesionarlo aunque, desde luego, inferior al presente en el delito consumado»; LUZÓN PEÑA, D.-M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit. n. 21, p. 39, quien entiende que en estos casos como «no hay desvalor del resultado o del hecho (ni puede haberlo en el momento de la actuación), al intentarlo dolosamente, ello es punible como *tentativa imposible*», deduciendo así la impunidad de la modalidad imprudente; el mismo: *Curso de Derecho penal*, cit. n. 21, p. 579; el mismo: Aspectos esenciales de la legítima defensa, cit. n. 16, pp. 107-8 y 552; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. n. 97, p. 89. También SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1987, p. 661, señalando la posibilidad, en n. 49, de castigar por la vía de la eximente incompleta si se estima, que la estructura resultante es sólo analógica a la tentativa. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 244 n. 58 y 377; KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, pp. 132 s. margs. 15 s. y, en relación con el estado de necesidad, p. 322 marg. 185; LENCKNER, T./PERRON, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 35, § 34, marg. 48.; RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 379 s.; el mismo: «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», cit. n. 98, pp. 91 s., señalando que «cuando el dolo del autor, abarcando la peligrosidad jurídicamente desaprobada, no se extiende, a la vez, a la referida actitud salvadora de su conducta, que se estima de mayor valor. En efecto, en tales casos el autor ha realizado el injusto de la tentativa inidónea, constituido únicamente por un desvalor doloso de la intención». En sentido contrario, sin embargo, señalando la dependencia de los juicios de (des)valoración de acción y resultado, entre otras razones, v. CEREZO MIR, J., Prólogo a Gil Gil, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, pp. XIII-V; GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, pp. 114 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., El ejercicio legítimo del cargo, cit. n. 16, pp. 13, 167 ss., 173 ss., 193 y 289, señalando, p. 175, «que la existencia de la situación objetiva de justificación es irrelevante penalmente si está desvinculada de la pretensión del sujeto... Pero no es sólo que dicha existencia resulte irrelevante, sino que, por añadidura, esa irrelevancia deja entrever una estructura típica de injusto consumado»; el mismo: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 293 s.; SUÁREZ MONTES, R. F., «Reflexiones en torno al injusto penal», cit. n. 42, p. 196. Crítico con tal modo argumentación, también RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 92 ss., señalando, con razón, p. 95, que «der Kompensationsgedanke letztendlich material nicht beantwortet, wie der Ausgleich inhaltlich vollzogen werden soll. Durch das Vorliegen eines subjektiven Rechtfertigungselements verschwindet die Verletzungsintention als solche nicht einfach». Sobre la solución de la tentativa, v. ult. cit., pp. 635 ss.

—orientando en alguna medida también hacia la tipicidad— en la configuración de las definiciones legales. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, la reducción del marco del debate —sobre la función de los elementos subjetivos— a términos de compensación, frente a las más amplias orientaciones político-criminales que se suelen asignar a esta categoría (102), genera dudas sobre la estructuración de su tipo subjetivo y la conveniencia de su orientación —también y en alguna medida— hacia esta idea de compensación —de lo injusto— ya en sede de ley.

La acentuación de los aspectos subjetivos en los términos que se infiere del discurso mayoritario tropieza, con carácter general, con el cambio valorativo tendente —cada vez más— a priorizar la tutela de las normas y, a través de ellas, de los «bienes jurídicos frente a perspectivas ético-sociales de internalización de valores..., a dar prioridad al elemento externo del peligro frente al interno de la actitud interna» (103). Este desplazamiento de perspectivas subjetivas —por intersubjetivas— en la determinación de lo injusto se traduce metodológicamente en una progresiva normativización de las categorías y de las perspectivas de enjuiciamiento que desaconsejan igualmente una acentuación de los elementos subjetivos en el sentido apuntado (104). Desde perspectivas problemáticas, se añaden las dificultades de determinación que ofrecen los componentes de esta naturaleza. Más concretamente, la comprensión expuesta, la reducción de la antijuridicidad a unos términos paralelos o de equivalencia a los componentes del tipo descuida, en cierta medida, su diferente significado y función político-criminal. Razones de intervención mínima y *ultima ratio* invitan tam-

(102) Según veamos más arriba, apartado II: «Resolución objetiva de conflictos sociales en contextos complejos», etc.

(103) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 389 s. En relación con la problemática aquí tratada, también v. SANZ MORÁN, A., *Elementos subjetivos de justificación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 10, quien, desde una perspectiva clásica del Derecho penal que concreta su función primordial en la protección de bienes jurídicos, señala la preferencia del «aspecto objetivo-final (peligrosidad de la acción para el bien jurídico) frente al subjetivo». No obstante, recientemente, v. GIL GIL, A., «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», cit. n. 61, pp. 98 ss. y, específicamente, en relación con las causas de justificación, pp. 133 ss., señalando entre otros aspectos los límites que, a su juicio, encuentra la normativización en las causas de justificación mutiladas de varios actos y en las de resultado cortado.

(104) Así, recientemente, v. ROXIN, C., «Das strafrechtliche Utrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit», *ZStW*, 116, (2004), pp. 930 ss.

bién a flexibilizar los términos de compensación expuestos, y ampliar en esta sede el marco de las posibles soluciones.

Frente a una teoría de la tipicidad, sujeta a determinadas garantías y condicionantes, también jurídico-constitucionales, tendentes a asegurar la racionalidad en la atribución de responsabilidad –esto es, de su fundamento: lo injusto– jurídico-penal, la antijuridicidad permite un margen más flexible. Por esta razón, una configuración objetiva de lo injusto, por ejemplo, mediante la introducción –por cualquier tipo de razones preventivo-generales– de la posibilidad de imputación más allá del dolo o la imprudencia sobre presupuestos estrictamente casuales encontraría importantes obstáculos de carácter jurídico-constitucional, salvo que se maticen bastante los términos de tal atribución en sede de injusto y se recomponga la cuestión posteriormente en sede de culpabilidad (105). Sin embargo, importantes voces plantean la posibilidad de apreciar una causa de justificación sobre la concurrencia de sus elementos objetivos (106).

(105) No obstante, en relación con la perspectiva de la antijuridicidad que subyace a estas reflexiones, básicamente, la clásica comprensión de la Ley penal como garantía del delincuente, v. las inquietantes tendencias apuntadas por SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 53 ss.

(106) Así, recientemente, entiende CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, p. 131, que el «ordenamiento jurídico no necesita motivar a la no realización de las conductas que pueden resultar positivas y debe renunciar al castigo cuando éstas efectivamente lo son. En nada afecta a la prevención general el hecho de que los ciudadanos sepan que cuando producen un resultado positivo, aun cuando éste no esté abarcado por su voluntad, su conducta estará justificada». En relación con los comportamientos imprudentes, entiende TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, p. 486, que dada la importancia en este ámbito del desvalor de resultado, «porque sin él la mera conducta imprudente o infractora del deber objetivo de cuidado resulta irrelevante penalmente... si el sujeto desconoce la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, realiza sólo una tentativa imprudente de lesión del bien jurídico, y por tanto realiza una conducta no sancionable penalmente... se excluye la relevancia penal de esa acción objetivamente justificada» (en sentido contrario, no obstante, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 200. En la doctrina alemana, también v. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, p. 131, quien mantiene que aquí lo injusto, «das wesensmäßig in der objektiv sorgfaltswidrigen Gefahrschaffung besteht oder diese zumindest konstitutiv voraussetzt, entfällt, wenn die Rechtsordnung die Handlung in ihrer Gefahrendimension im Blick auf die in concreto konfligierenden Güter zulassen muß»). La construcción de esta autora entronca, no obstante, con la propuesta de LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 75

Más recientemente, se viene señalando también la necesidad de ceder mayor espacio a consideraciones de oportunidad en los distintos peldaños de la teoría jurídica del delito (107). A ello se abren los principios estructurales de esta categoría (108): ponderación de inte-

n. 326, 76 n. 335, 103 ss., 597 ss., de diferenciar entre causas que excluyen el desvalor de resultado y causas que excluyen solamente el desvalor de acción. Este planteamiento genera dificultades si se entiende que el desvalor de resultado no es más que realización de desvalor de acción (GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, p. 114; en el mismo sentido, v. pp. 89, 115, 116, 118, 119, 138 n. 335, 140 y 168, por ejemplo. En un sentido próximo, también v. CUELLO CONTRERAS, J., «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. n. 16, pp. 148 y 157), porque, entonces, la justificación de aquél no es dissociable de la de éste. Últimamente, con matices, señala LUZÓN PEÑA, D. Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, p. 597 s., que «en sentido estricto no se puede hablar de “injusto del resultado”, ya que el (o lo) injusto es el hecho antijurídico, y antijurídica sólo puede ser una acción, en su caso productora de un resultado, pero el resultado mismo no es antijurídico, no infringe norma jurídica alguna, aunque sí puede ser jurídicamente desvalorado como algo indeseable». Con anterioridad, también, cuestionando la esencialidad de los elementos subjetivos, v. VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. n. 15, pp. 124-7, quien reduce los presupuestos esenciales de justificación a «la presencia insuficiente de intereses preponderantes»; siguiendo al anterior, CUELLO CONTRERAS, J., «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. n. 16, p. 158.

(107) En este sentido, v. LUZÓN PEÑA, D.-M., «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. n. 15, pp. 204 ss., y especialmente, p. 207, pues también aquí se piensa, ante todo, en supuestos de «limitación del merecimiento de pena por la necesidad de pena». En la misma línea puede entenderse lo sostenido por Díez RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 166, cuando señala que «tan importante como identificar correcta y diferenciadamente los contenidos político-criminales a incluir en el sistema de imputación jurídico-penal lo es el determinar dónde deben integrarse de modo exclusivo o cuasi-exclusivo cada uno de ellos. De ahí que lo acertado sea proceder a una identificación precisa e individualizada de los componentes de oportunidad y conveniencia propios de cada categoría, en la cual deberán insertarse directamente, es decir, sin necesidad de conceptos abstractos mediadores, así como asegurando lo más posible su estanqueidad. Sólo en tales condiciones la incorporación de elementos político-criminales a la teoría jurídica del delito asegura un enriquecimiento del sistema de imputación paralelo a un mayor aprovechamiento de sus potencialidades sistemáticas: La integración de los nuevos componentes en las categorías actuales no sólo las completa valorativamente sino que simultáneamente la consolida en su especificidad».

(108) Cfr. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, pp. 120 ss. Más recientemente también RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 89 ss., señalando, p. 92, que tales principios «können verwirklicht sein ohne den Einfluss von Wirkungsmacht aus Subjektivität. Diese ist im Kontext jener Prinzipien zunächst bedeutungslos».

reses, etc. Las razones –principalmente– jurídico-constitucionales que informan la imputación de lo injusto responden a la naturaleza de su objeto, en consecuencia, no imponen la traducción a esos mismos términos de este segundo escalón (109). Ni siquiera imponen la adopción de una idéntica perspectiva de enjuiciamiento (110), mientras el

(109) Por ello, no convence el planteamiento de RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 353, 484, 490 ss., 573 ss., 610, 613 ss., cuando señala, p. 578, que «das Subjekt muss diese Optimierung mitin aus seiner Normativität heraus bewirkt haben. Sonst handelte es sich dabei um eine Realität, mit welcher er als Selbst nichts zu tun hat... Die Anwesenheit des Subjekts in seiner Normativität im Rechtfertigungskontext setzt nun aber - wie erläutert - den Vollzug der Entscheidungssituation in einem geistigen Akt voraus». Porque su comprensión, como las anteriores, incurre en una simplificación injustificada de los términos de la discusión en este ámbito. La antijuridicidad no tiene por qué agotarse en la valoración de la contraprestación del ciudadano desde la perspectiva de «die (Wieder-)Herstellung rechtlicher Verhältnisse. Porque, más allá de la «Leistung des Subjekts als Subjekt in Anbetracht der tatbestandlichen Läsion» (p. 610), pueden concurrir razones preventivas ajenas a la subjetividad –normatividad– del mismo que también aconsejen su consideración en este ámbito. La procedencia de atender a las mismas se explica por los principios que inspiran tal valoración: se trata de maximizar el ámbito de libertad o, en otras palabras, de razones de *ultima ratio* y proporcionalidad (en este sentido, con razón ya GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 1, 3 ss., 35 ss., 55 ss., 83 ss., 100 ss., 114 ss., 133 ss., 189 ss., 204 ss., 224 ss., 232 ss., 244 ss., 255 ss., desarrollando su comprensión, principalmente en pp. 281 ss.). La solución que propone RATH para los supuestos de ausencia de elemento subjetivo, pp. 616-9, «Wegfalls der objektiven Unrechtsvoraussetzungen», en tanto que categoría de exclusión de lo injusto, encontraría un mejor engarce mediante la ampliación de los términos de discusión en esta sede. En un sentido distinto, desde la perspectiva que ofrece el marco normativo italiano, y en particular el artículo 59 de su Código penal, también v. VIGANÒ, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 324 ss.

(110) Sobre ello, defendiendo la necesidad de individualizar el juicio *ex ante* sobre la antijuridicidad desde la perspectiva de la norma como instrumento directivo de conducta, ampliamente v. MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 373 ss., pronunciándose expresamente a favor de la identidad de criterio de enjuiciamiento en sede de tipicidad y antijuridicidad en pp. 398 ss. Proponiendo la introducción de la perspectiva de enjuiciamiento en la definición legal, también v. el mismo: «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 229 n. 58. En la doctrina alemana, por ejemplo, RUDOLPHI, H.-J., «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», cit. n. 98, pp. 88 s. En un sentido distinto, desde la particular estructura del estado de necesidad, señala PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, p. 171, que «für beide Seiten verbindlich kann die Situationseinschätzung nur dann sein, wenn sie auf einer kognitiven Basis beruht, die nach unparteiischem Urteil beide Konfliktparteien als für sich gültig anzuerkennen haben: Nur was verbindend ist, kann Verbindlichkeiten begründen». En nuestra doctrina, también en sentido contrario, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, p. 112 ss., señalando, en el primer lugar citado, que «si existe una certeza intersubjetiva ex

sujeto pueda determinar si «está actuando correcta o incorrectamente en el momento de llevar a cabo la acción» (111). Luego, puede cuando menos discutirse la posibilidad de que un golpe de suerte sólo apreciable *ex post* –por ejemplo, la producción accidental de un resultado positivo– condicione también positivamente, dado su significado preventivo –por ejemplo, reduzca de forma considerable la necesidad de pena (112)– y proximidad sistemática, la procedencia e intensidad de la intervención jurídico-penal en sede de antijuridicidad.

En términos de técnica legislativa, todas estas cuestiones se traducen en una recomendación de cautela, esto es, en lugar de decisiones unívocas, mediante referencias expresas en un sentido u otro, se muestra preferible abrir las definiciones legales a la discusión que acontece sobre la necesidad y –en tal caso– importancia de los elementos subjetivos de las causas de justificación y demás aspectos señalados. Con otras palabras, evitar expresiones como «impulsado por», «para evitar» –tal y como se recoge en la definición legal prevista en el actual artículo 20 apartado quinto de nuestro

ante acerca de un hecho o de una ley científica o experimental, aunque el único sujeto con una percepción «correcta» de la realidad sea el que pretendidamente para los demás se halla en error –y los equivocados sean ellos–, existe error»; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, cit. n. 16, pp. 292 s., proponiendo, incluso, positivizar la perspectiva intersubjetiva en la regulación del error de prohibición; MUÑOZ CONDE, F., «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 131 s.; NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 42, contraponiendo esta categoría a la culpabilidad. Respondiendo a BALDÓ, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 411-3 n. 88. En un sentido distinto, señalando la divergencia de enjuiciamientos del desvalor de acción y resultado, CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, pp. 128 ss.

(111) Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, p. 390.

(112) En este sentido v. MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. n. 97, pp. 70 s. En los mismos términos, más recientemente el mismo: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 65. Recientemente también v. CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, pp. 130 ss. No obstante, en sentido contrario, ya GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, cit. n. 16, pp. 173 ss. Más recientemente, también GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, pp. 114 y 184; SUÁREZ MONTES, R. F., «Reflexiones en torno al injusto penal», cit. n. 42, pp. 195 s.; TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, p. 72.

Código Penal– y similares que condicionen en exceso y ya en sede de ley la discusión sobre los extremos señalados (113), y saludar aquellas otras, como –en mayor medida– la proposición «en» (114), que facilitan sus distintas formas de desarrollo e interpretación. Las frecuentes referencias en la doctrina a la necesidad de dotar de un grado de flexibilidad importante a esta segunda categoría de la teoría jurídica del delito (115), aconsejan orientar sus definiciones más hacia sus razones político-criminales generales que a la comprensión concreta que subyace a la discusión sobre sus componentes subjetivos.

En cuanto a la problemática intrínseca de estos elementos, en particular sobre el hecho de que, muchas veces nos reenvían al mundo «arcano profundo y escondido del alma humana» para concretar el contenido de las prohibiciones a través de los elementos de carácter subjetivo y la tensión que ello crea con el denominado mandato de determinación, ya me he pronunciado anteriormente en otros lugares (116). A ello sólo quiero añadir dos puntualizaciones. Primero, que la diferente relación con el principio de legalidad, y

(113) Cfr. LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal*, cit. n. 21, pp. 627 s.

(114) Cfr. GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, pp. 36 s.; LUZÓN PEÑA, D.-M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit. n. 21, p. 39; el mismo: *Curso de Derecho penal*, cit. n. 21, p. 580; el mismo: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, p. 550; TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 106-8, 123-4, 127-9, 132 ss., 217 s.; SANZ MORÁN, Á., Elementos subjetivos de justificación, cit. n. 103, p. 99; el mismo: «Los elementos subjetivos de justificación», cit. n. 98, p. 745; SUÁREZ MONTES, R. F., «Breve apunte histórico sobre el elemento subjetivo en la legítima defensa en los Códigos Penales españoles», cit. n. 98, pp. 1010 s. En sentido contrario, sin embargo, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 198 s. También GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, pp. 71 s., quien infiere de las mismas la necesidad de un componente intelectual. En la doctrina alemana v. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, pp. 116 ss. Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 96 ss., especialmente 132 ss.

(115) Cfr. nn. 8 y 69.

(116) SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», cit. n. 1, apartado II. Sobre ello también v. NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho*, cit. n. 110, pp. 45 ss., especialmente, p. 58.

más concretamente con el mandato de determinación, de las circunstancias atenuantes y causas de justificación frente a las figuras delictivas y circunstancias agravantes, no permite obviar que también aquellas pueden generar importantes problemas de seguridad jurídica, si bien se plantean en un sentido inverso: en relación con la posible apreciación –o no– de una causa de justificación o una circunstancia atenuante. Por ello parece que también sus definiciones legales deberán responder a un nivel razonable de exigencia en tal sentido, con independencia de la previsión –o quizá, también por esto– de ulteriores cláusulas de apertura o integración. Y segundo, en cuanto a las circunstancias agravantes o la posibilidad de configurar agravantes por tendencia subjetiva, móvil o ánimo, aunque generalmente plantean problemas de culpabilidad (117), quiero avanzar ya que, desde una perspectiva de técnica legislativa, la cuestión, más allá de los diversos problemas que plantea su conveniencia y fundamento, debe centrarse –también– en la necesidad de introducir en su configuración legal elementos de carácter objetivo –desvalorativos o descriptivos– que permitan cierta racionalidad en el control de las soluciones (118). En este sentido, y con independencia de su naturaleza, algunos de los componentes recogidos en la circunstancia agravante tercera del artículo 22 del Código, particularmente las circunstancias de «precio» y «recompensa», nos merece una valoración positiva (119).

(117) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG III. Teoría Jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 159 s. No obstante, en relación con la circunstancia de precio, recompensa o promesa, también v. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 489, quienes advierten, que en el supuesto del inductor, puede determinar una mayor facilidad de comisión. Aprecia un mayor desvalor en la conducta del autor, también PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 190.

(118) Así ya v. MADRID CONESA, cit. por PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 380 n. 844. Más recientemente, también, advirtiendo de los graves problemas de delimitación, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 904. Siguiendo al anterior GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n. 4, p. 40.

(119) Con matices, sin embargo, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 903, propone «zanjar el problema de si también es aplicable a quien da, como hace la jurisprudencia, o no».

IV. UN ÚLTIMO APUNTE SISTEMÁTICO

El concepto de antijuridicidad y, en general, el esquema tripartito que he adoptado en éste y otros trabajos para la explicación de los principios y problemas que presenta la configuración de los diferentes de preceptos jurídico-penales sigue, en particular, el sistema de exposición de la teoría jurídica del delito que recoge en los tomos II y III de su *Curso de Derecho Penal español* el profesor Cerezo Mir (120). También la ubicación del parentesco (121). Como casi todo en nuestra disciplina, se trata de una estructura que no es indiscutida, y recientemente, desde nuestra doctrina, ha sido objeto de una profunda y elaborada crítica a partir de la naturaleza imperativa de la norma (122). Ante la –supuesta– imposibilidad de una antijuridicidad no culpable, nos propone Molina Fernández como alternativa una distinción entre el desvalor material del hecho –desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de cara a terceros– y la infracción –por tanto, según tal esquema, culpable– de la norma de conducta (123). Sin

(120) Si bien la importancia del concepto de acción en el sistema de CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 19 s., permitiría su calificación como sistema cuatripartito, los problemas de técnica legislativa sólo afectan a sus posibles predicados: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; de ahí la estructura adoptada. Señala la conveniencia de clasificar los sistemas en función de estos últimos elementos MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, p. 29.

(121) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 400 ss.

(122) Especialmente, señalando la necesidad y presupuestos de la relación comunicativa entre emisor y destinatario para la perfección del acto prescriptivo v. MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 508 ss. No obstante, mostrando sus reservas frente a las argumentaciones de teoría de las normas, con carácter general, también v. SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», cit. n. 19, pp. 76 s.

(123) MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, *passim*, especialmente, pp. 489 ss. En sentido contrario, sin embargo, también v. HIRSCH, H. J., «La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana», cit. n. 16, pp. 10 ss. Anteriormente SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», cit. n. 19, pp. 71 s. En la doctrina italiana, por todos, VIGANÒ, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 144 ss., 148 ss., y sobre su relevancia problemática, pp. 310 ss. En nuestra doctrina, entre otros, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 35 s.; CEREZO MIR, J., «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», cit. n. 21, pp. 22 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», cit. n. 110, p. 133, aludiendo a razones problemáticas y sistemáticas en n. 24.

embargo, las dudas sobre su construcción van tomando cuerpo a medida que desarrolla su planteamiento, y en particular, cuando aborda el tratamiento de la imprudencia inconsciente.

En relación con esta última cuestión, propone Molina bien la impunidad, bien encontrar un momento previo de infracción consciente de una norma de peligro de grado inferior (124). Sin embargo, es precisamente esta necesidad de encontrar siempre una infracción consciente de la norma directiva, la que revela la inidoneidad de su modelo de análisis, los actos de habla de contenido directivo, para la explicación de la juridicidad (125). Según Molina Fernández, «cualquier sistema teórico que conciba la existencia de normas al margen... de su conocimiento está tácitamente renunciando a entender las normas como órdenes o mandatos, y con ello también... a una explicación directiva del derecho..., supone incurrir en una patente contradicción o en una impropia utilización del concepto de mandatos u órdenes» (126). El defecto de esta comprensión reside en la equiparación sin más de un acto de habla de contenido directivo (por ejemplo, A ordena a B levantarse: ¡levántate!) con una norma jurídica (por ejemplo, controlar dentro de unos márgenes los riesgos que genera un vehículo, según prevé el artículo 19.1 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (127)) y en particular, con una norma jurídico-penal (conducir con determinado margen de prudencia, tal y como se infiere –también– del artículo 142 de nuestro Código Penal). Frente al ciudadano A, quien para dar a conocer y perfeccionar el contenido prescriptivo de su mensaje debe entablar una relación comunicativa con B, la norma jurídico-penal posee una existencia previa, mediante un contexto de comunicación, al establecimiento efectivo de la relación con su destinatario. Por ello, advierta o no el conductor que excede de los límites de velocidad, existen múltiples elementos (señalización previa, habilitación y formación precisas, la situación típica...) que anticipan y sustentan la norma. Luego, si finalmente, y aún inconscientemente, no se digna

(124) MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, *passim*, especialmente, pp. 550, 581, 712, 721, 724 ss.

(125) En este sentido también, recientemente SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2002/3, pp. 398 ss., señalando las insuficiencias de condicionar las expectativas a las opciones fácticas de los individuos.

(126) MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 587 s.

(127) Real Decreto 339/1990, de 2 de marzo.

a actualizarla, pueden recaer sobre él las consecuencias (128). Al igual que el acto de habla del ciudadano A, la fuerza vinculante de una norma jurídico-penal no es una decisión unilateral de quien la emite: requiere la configuración de un contexto. Ahora bien, configurado el mismo, su imperatividad ya no depende de la –mayor o menor– disponibilidad del destinatario a atender su contenido. Frente al acto de habla de A, el artículo 142 del Código Penal parte con ventaja, pues la relación comunicativa que permite el perfeccionamiento del mandato le precede: se sitúa en un momento anterior a la «decisión» –consciente o no– que tome su destinatario sobre la actualización de su contexto de comunicación (129).

Los términos de la discusión con Molina Fernández, aunque permiten a este penalista desarrollar –y de forma apabullante– su comprensión de la antijuridicidad y deshojar las posibles razones de su distinción frente a la culpabilidad hasta que concluye su carácter prescindible, no agotan el marco de debate. Porque en la distinción entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no se trata sólo de una posible función relacionada con la aplicación de normas frente a terceros o de la viabilidad de un criterio de juridicidad de carácter intersubjetivo (130). Frente a una posible simplificación de la teoría jurídica del delito que atienda, por un lado, a la infracción de normas directivas de conducta y por otro a la lesividad del comportamiento,

(128) Por ello, en relación con la reciente propuesta de SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», cit. n. 125, pp. 400 ss., especialmente 403 ss., en la que pretende conciliar las concepciones de la norma como directiva de conducta y como expectativa institucionalizada, habría que apuntar que también el concepto de norma como expectativa se dirige al ciudadano como potencial delincuente o sujeto interesado prioritariamente en la libertad de acción, y puede ser base racional suficiente –con independencia de ulteriores mandatos o prohibiciones– sobre la que sustentar responsabilidad. En sentido contrario, sin embargo, entiende SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», cit. n. 125, p. 409, la infracción del imperativo como presupuesto de la norma de sanción.

(129) En cuanto al contenido de racionalidad de esta comprensión, entiendo que se plasma en el momento de creación del contexto. El legislador debe establecer un contexto racional de comunicación, entonces si el particular –consciente o inconscientemente, en cualquier caso– por desidia no lo actualiza deberá soportar las posibles consecuencias (en este último sentido, también v. NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho*, cit. n. 110, pp. 32 ss.). Sólo cuando la no actualización es atribuible a otros factores ajenos su incumbencia entonces, y sólo entonces, no hay elementos sobre los que asentar su responsabilidad. Pero esto ya es otra cuestión.

(130) No obstante, v. MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 678 ss., por ejemplo.

hay que oponer que las causas de justificación, las circunstancias atenuantes, agravantes y las diferentes figuras delictivas muestran principios, elementos e incluso diferentes perspectivas de enjuiciamiento suficientemente heterogéneos como para reclamar una teoría propia (131). Por ello no convence siquiera un esquema bipartito (132). Desde la perspectiva de estudio abordada, sigue siendo preferible distinguir entre tipicidad, antijuridicidad y –como se verá, también– culpabilidad (133).

(131) En este sentido también PERRON, W., «Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán», en D.-M. LUZÓN PEÑA y S. MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 74.

(132) En sentido contrario, también, manifiesta MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, p. 663 n. 95, que «la concepción que mejor explica la relación que debe darse entre circunstancias fundamentadoras y circunstancias excluyentes de la lesividad es la denominada *teoría de los elementos negativos del tipo*... se trata de la opción más satisfactoria, tanto desde un punto de vista de teoría de la norma...; como desde un punto de vista valorativo (no hay diferencia alguna en que un hecho no lesione bienes jurídicos o que los lesione para preservar otros de mayor importancia, e incluso en este segundo caso el hecho puede ser obligatorio); como atendiendo a las consecuencias...; como por último desde una perspectiva sistemática (sólo con esta solución se puede superar la confusa exposición tripartita, en la que un elemento, la antijuridicidad, es a la vez un *examen* de las circunstancias que la excluyen y un juicio sobre las que la fundamentan)».

(133) No obstante, desde la teoría de los elementos negativos del tipo, señala igualmente esta conveniencia de diferenciación ya MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. n. 97, p. 87. En los mismos términos, más recientemente, el mismo: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. n. 112, p. 77. En cualquier caso, como señala BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, p. 35, esta distinción analítica «no obsta en modo alguno a la consideración de que sólo el sistema general de mandatos y prohibiciones jurídico-penales puede establecer lo «prohibido» o lo «prescrito»... [pese a ello] resulta metodológicamente fructífero el distinguir analíticamente entre ambos subsistemas, pues ambos establecen, respectivamente, las «reglas» de determinación del aspecto de disvalor de un comportamiento y las «reglas» de determinación del aspecto de valor de un comportamiento... Sin embargo, la verdadera *norma de comportamiento*, única que impone «deberes jurídico-penales concretos», surge de la «comprensión sintética de ambas clases de reglas».

El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados

MARÍA DEL CARMEN MOLINA MANSILLA

Doctora en Derecho. Universidad de Alcalá
Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Ávila

El presente artículo analiza el tipo básico y las modalidades agravadas del delito de tráfico de drogas, previstos en los artículos 368, 369 y 370 del Código Penal, cuya finalidad es luchar contra su difusión, como respuesta al problema que genera el consumo ilegal de dichas sustancias, puesto que afecta a diversos ámbitos, como son la salud, al verse comprometido el bien jurídico protegido salud pública; social, por la marginalidad a que aboca su abuso; educativo, al pretender evitar que los menores accedan a este submundo; económico, ya que se precisa una gran cantidad de recursos para combatirlo y hacer frente a los problemas sanitarios que produce; fiscal, por las inmensas cantidades de dinero que mueve este negocio dentro de la economía sumergida y político, al ser una cuestión cuya solución incumbe al Estado.

I. RASGOS PRINCIPALES DEL CÓDIGO DE 1995 Y LA REFORMA DE 2003

Antes de proceder a realizar dicho análisis, en el siguiente cuadro mostraremos los rasgos principales que presentan el Código Penal de 1995 y su posterior modificación de 2003:

AÑO	RASGOS PRINCIPALES (1)
1995	El delito de tráfico de drogas pasa a regularse en el Libro II, título XVII, cap. III, «de los delitos contra la salud pública», encontrándose tipificados en los arts. 368 a 378. Su principal rasgo es el carácter continuista en el tráfico de drogas, junto con una ampliación de la línea represiva, mediante un endurecimiento del sistema de penas, como arma principal contra el tráfico de drogas. Se establece el sistema vicarial, que supone la aplicación conjunta de las penas y de las medidas de seguridad. Desaparece la interpretación predelictual de los delitos, a favor de la postdelictual, prestando mayor atención a las necesidades de los drogo-dependientes delincuentes. Se introducen nuevas figuras penales, tales como el arrepentimiento y la colaboración (art. 376). El blanqueo de dinero, se extrae de los delitos contra el tráfico de drogas, pasando a regularse dentro de los delitos contra el orden socioeconómico (arts. 301 a 304). La conspiración, proposición y provocación, pasan a regularse autónomamente dentro «de los delitos contra la salud pública» en el art. 373. Se introduce el sistema de multa proporcional, aplicable a los arts. 368 a 370.
2003	El objetivo de la reforma es realizar una revisión parcial del Código Penal, manteniendo la estructura, los principios informadores y su unidad. Es el resultado de una política de endurecimiento de la represión contra el tráfico ilícito de drogas, mediante la agravación de las penas privativas de libertad. Mantiene las claves fijadas por la reforma de 1988, consistentes en la ausencia de una definición de «droga», la distinción penológica entre drogas «duras» y «blandas», el amplio contenido del concepto tráfico y el amplio catálogo de circunstancias agravantes que supone un incremento en las penas. El art. 368 no fija la cantidad mínima a partir de la cual se considera tráfico de drogas. Se produce una transformación en el sistema de agravaciones de primer y segundo grado de los arts. 369 y 370, originándose una reordenación de los supuestos. Las agravaciones de segundo grado del art. 370 se aplican sobre el tipo básico del art. 368, al igual que el art. 369. Se define el concepto de «extrema gravedad». Se extraen del art. 370 las consecuencias accesorias, que se colocan en el art. 129. Se introduce una atenuante para el supuesto de drogodependientes que finalicen con éxito el tratamiento de rehabilitación.

(1) Vid. REY HUIDOBRO, L. F., «El delito de tráfico de drogas» en *Revista General de Derecho, Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, tomo XII,

1. Tipo básico: Artículo 368

La descripción típica del tráfico ilegal de drogas, en el Código de 1995, que permanece inalterado en la reforma de 2003 (2), se expresa en los siguientes términos:

Artículo 368. Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

A) OBJETO MATERIAL

El tipo mantiene la denominación de *drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, completada en la Reforma de 1983. El legislador ha optado por un concepto restringido de droga, circunscribiéndola a las ilegales, sin incluir las socialmente aceptadas (3).

El objeto material tiene carácter normativo, pues está compuesto de conceptos jurídicos indeterminados, al no existir en el Código Penal una definición legal sobre el término «droga», debiendo ser determinado por los Tribunales (4), lo que provoca una gran inseguridad jurídica respecto a la carencia de criterios seguros que definan el

1990, pp. 79–82; asimismo, *vid.* GORDILLO SANTANA, L. F., «Estudio jurisprudencial del delito de tráfico de drogas» en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 69, 1999, pp. 451–503; igualmente, BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A.: «Título XVII-Capítulo III» en VV.AA.: Vives Antón, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II (art. 234 a disposiciones finales), Valencia, 1996, p. 1682; y, *vid.* DE LA CUESTA ARAZAMENDI, J. L., «La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal» en *CGPJ, Cuadernos de Derecho Penal, Política criminal comparada*, tomo IX, 1998, pp. 90–92.

(2) *Vid.* SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas» en *Revista del Poder Judicial*, núm. 74, segundo trimestre, 2004, pp. 66 y 67.

(3) *Vid.* GANZENMÜLLER ROIG, C.; FRIGOLA VALLINA, J./ESCUADERO MORATALLA, J. F., «El objeto del delito contenido en el artículo 368 del Código Penal» en *Actualidad Penal*, núm. 9, marzo de 1998, pp. 177 y 178.

(4) *Vid.* CALDERÓN CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho penal, Parte Especial*, tomo II, 1ª ed., Barcelona, 1999, p. 979.

concepto a efectos penales (5). Por tal motivo, existen sectores doctrinales que abogan por su delimitación. La solución tomada por el Tribunal Supremo a la hora de decidir si una sustancia es droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica es la aplicación del criterio de la «enumeración concreta» por remisión a las Listas de los Convenios internacionales (6), como lo corrobora la STS 11 de marzo de 1998. Además, con respecto a las diferentes tesis que surgen sobre el concepto de droga, la STS 11 de septiembre de 1996 argumenta que: *en interpretación estricta del artículo 344 (hoy art. 368), son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente como tales dentro de España a tenor del artículo 3 del Convenio y del art. 2 de la Ley de 8 de abril de 1967 (SS de 14 de febrero 1974, 22 de febrero de 1974, 24 de septiembre de 1974, 6 de marzo de 1975, 17 de marzo de 1975, 4 de abril de 1975, 23 de mayo 1975, 1 de junio de 1975, 1 de abril de 1977, 28 de octubre de 1978, 22 de noviembre de 1978, 22 de junio de 1981, 30 de septiembre de 1981, 8 de junio de 1981 y 22 de marzo de 1984, entre otras).*

También es importante la distinción entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no la causan. En este sentido, la expresión grave daño a la salud «constituye un elenco normativo del tipo de valoración cultural y no una ley penal en blanco (7)» (SSTS 7 de julio de 1995 y 18 de marzo de 1997), aunque la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo define como sustancias que causan grave daño a la salud aquéllas que pueden provocar efectos devastadores en la salud individual (8). La determinación de cuándo una sustancia

(5) Cfr. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, 1999, p. 116.

(6) Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Una visión...», ob. cit., p. 67.

(7) El autor opina que la expresión es flexible, argumentando que permite cambiar la visión que se tiene sobre una sustancia a la vez que se perfecciona el conocimiento científico sobre la misma [STS 23-03-1998]. Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 123.

(8) Joshi Jubert especifica que para tener tal consideración, deben cumplir los siguientes requisitos: a) que creen dependencia física o psíquica en el consumidor; b) que produzcan tolerancia, es decir, una progresiva necesidad de mayores dosis; c) que su abuso pueda producir alteraciones del comportamiento, o afecte de manera psíquica o neurológica; d) no es necesario que produzca síndrome de abstinencia. Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I*, Barcelona, 1999, p. 70. Además, si se dan distintas variaciones anfetamínicas, debe castigarse por la modalidad de droga que cause un daño más grave siguiendo los protocolos internacionales [STS 1 de julio de 2003].

causa daño a la salud pública deberá demostrarse en cada caso (9), debiendo valorar el órgano jurisdiccional los dictámenes periciales emitidos sobre sus efectos (10).

La condena por un delito de tráfico de drogas requiere la identificación de la sustancia y su grado de pureza mediante prueba pericial (SSTS 31 de enero de 2004, 10 de diciembre de 2004, 2 de febrero de 2006 y 13 de febrero de 2006), absolviendo (SSTS 17 de enero de 2005, 9 de febrero de 2006, 17 de febrero de 2006, 20 de febrero de 2006, 21 de febrero de 2006 y 22 de febrero de 2006) a quien vendió algo que parecía heroína; aunque una reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1 de julio de 2003), exige acreditar también el peso (STS 27 de enero de 2006). El Tribunal Supremo otorga a los informes periciales realizados en la fase de instrucción el valor de prueba preconstituida, cuando sean reproducidos en la fase de juicio oral, en condiciones tales «que permitan a la defensa del acusado someterlos a contradicción (11)». Por otra parte, si el informe pericial presenta irregularidades, nos hallaremos ante un caso de insuficiencia probatoria (STS 13 de noviembre de 2005).

B) ACCIÓN TÍPICA

La tipificación de los delitos del tráfico ilícito de drogas –abarcando el ciclo de la droga en todas sus facetas– viene establecida en el art. 3 de la Convención de Viena de 1988 (12), que marca la política criminal internacional actual mediante las prescripciones estable-

(9) Como manifiesta Joshi Jubert, para que una sustancia sea considerada causante de grave daño, debe acreditarse: 1º Que la sustancia tenga capacidad de dañar la salud individual de manera penalmente grave. 2º La idoneidad concreta de la sustancia para afectar gravemente la salud individual, siendo necesario en cada caso, probar el grado de pureza y la cantidad de sustancia aprehendida. 3º Puesto que se exige que resulte lesionada la salud pública, la cantidad incautada deberá ser adecuada para ser difundida entre una parte importante de la población o al menos entre personas indeterminadas, de manera indiscriminada. *Vid.* JOSHI JUBERT, U., *últ. ob. cit.*, pp. 95 y 96.

(10) *Vid.* REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, *ob. cit.*, p. 123.

(11) *Cfr.* REY HUIDOBRO, L. F., *últ. ob. cit.*, pp. 137 y 138.

(12) El art. 3.1.a).i). de la Convención de Viena de 1988 recoge como comportamientos ilícitos: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica.

cidas a los países integrantes de la misma, entre los que se encuentra el Estado español (13).

El ámbito de los comportamientos prohibidos resulta desmesuradamente amplio (14), pues comprende todo lo que haga posible que un tercero pueda consumir droga (15) (STS 5 de octubre de 1998), resultando un tipo extraordinariamente abierto (16) (STS 3 de enero de 2003), en el que: «el centro de gravedad de la conducta, gira no en torno a la realización de los actos de cultivo, elaboración o tráfico, sino que lo importante es que esos actos o cualesquiera otros («o de otro modo») promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal (17)». Parece que la redacción del precepto pretende adaptarse a lo estipulado por la Convención Viena de diciembre de 1988 (18).

(13) Vid. BOLDOVA PASAMAR, J. A., «Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el Derecho español» en *Actualidad Penal*, núm. 20, mayo de 2000, p. 438.

(14) El resultado de esta extensión es la consideración como delitos consumados de aquéllos que, a priori, serían formas imperfectas o simples actos preparatorios, y estimando como autoría lo que con arreglo a los principios generales son actos de complicidad. Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 13^a ed., Valencia, 2001, pp. 631 y 632.

(15) Según Rey Huidobro, la amplitud del tipo penal puede quebrar los principios de legalidad y seguridad jurídica. El nuevo Código continúa empleando el sistema de incriminación de conductas escalonadas o en cascada, albergando todas las etapas de la producción y del tráfico ilícito de la droga, con el fin de evitar las posibles lagunas que puedan surgir. Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., pp. 21–23.

(16) Subijana Zunzunegui manifiesta que se trata de un tipo abierto, que recoge conductas heterogéneas, de perfiles poco definidos. Por otra parte, la unificación de las conductas típicas de autoría y participación, radicalmente diferentes en el contenido de injusto, «pone en tela de juicio la vigencia material del principio de ofensividad». Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Una visión...», ob. cit., p. 67.

(17) Según Rey Huidobro, la doctrina penal mayoritaria opina que atenta frontalmente contra los principios consagrados constitucionalmente de legalidad y seguridad jurídica, puesto que la expresión «o de otro modo», al resultar abstracta y desmesuradamente amplia, «hace que sea punible todo acto que suponga una contribución, por mínima que sea, al consumo de la droga y, en consecuencia, que se consideren delitos consumados lo que en puridad serían simples actos preparatorios, y como autoría los que conforme a los principios generales serían actos de mera complicidad». Cfr. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., pp. 21 y 22. Por otra parte, para Sánchez Tomás sólo se sancionan los actos de promoción, favorecimiento y facilitación como forma de difusión del consumo ilegal de drogas, «ya que por sí solas son perfectamente legales siempre que estén autorizadas de acuerdo con la normativa administrativa en la materia». Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos relativos a drogas» en VV.AA., *Derecho Penal. Parte Especial III*, Madrid, 1999, p. 223.

(18) Aunque para Boldova Pasamar el Código español emplea verbos más genéricos que los utilizados en la Convención de 1988, que pueden comprender cual-

Además, el comentarista argumenta que la doctrina considera que dichos comportamientos deben ser realizados mediante actos tales como el cultivo, la fabricación o la posesión de drogas con ánimo de traficar (STS 6 de octubre de 1998), de lo que se deduce que la tenencia abstracta es impune (STS 16 de diciembre de 2004), lo que originará importantes problemas probatorios. Esta concepción es más restrictiva en la Jurisprudencia, como queda evidenciado en la STS 24 de julio de 2002, que declara impune el consumo compartido entre adictos.

El ilícito analizado presenta tres características fundamentales (19): 1.º, es de carácter alternativo (STS 18 de diciembre de 2002), de manera que al tipificar una pluralidad de acciones que impliquen favorecer el tráfico, la ejecución de una de ellas es suficiente para que el contenido del precepto se materialice (SSTS 9 de febrero de 2005 y 9 de mayo de 2005); 2.º, tiene carácter abierto, debido a que el innumerable conjunto de acciones ilícitas no quedan recogidas expresamente; 3.º, es de progresión delictiva, al contener todas las fases en que el bien jurídico queda amenazado. Por tanto, los requisitos esenciales de estas conductas son: *a)* que sirvan para promover, favorecer—definidos éstos por la STS 27 de marzo de 2004 como la acción consistente en aportar al traficante principal la posibilidad del tráfico—o facilitar el consumo ilegal de drogas, también en la STS 26 de mayo de 2000; *b)* que el agente sea conocedor de la conducta que ejecute y que su actuación promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal del objeto delictivo; *c)* que dicha promoción, favorecimiento o facilitación lo sea para el consumo ilegal (STS 3 de julio de 2002); *d)* una interpretación que busque la determinación de la finalidad de las conductas, de manera que, se acceda a los principios garantistas del Derecho penal.

Algún autor como Queralt Jiménez considera que el precepto expresa que la preocupación del legislador es la expansión del tráfico de estupefacientes y sus consecuencias sobre el consumo, por lo que alude «con poca técnica pero con notable expresividad, a castigar la

quier comportamiento dirigido a producir el consumo ilegal de drogas, pero que va en contra de la necesaria delimitación que requiere la descripción típica. *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, J. A., «Tenencia...», *ob. cit.*, p. 438.

(19) *Vid.* JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 99 y 100. Entendemos que con ello se busca determinar el ánimo tendencial del sujeto activo, a través de la respuesta a determinadas cuestiones como: qué circunstancias movían al agente, cuáles eran sus necesidades, cuáles eran sus intenciones, en qué momento realizó la actuación...

promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas», pues así, al penar estas conductas, sanciona el tráfico (20). Personalmente considero que el hecho primordial en el delito de tráfico de drogas –esto es, el núcleo del ilícito– gira en torno al *consumo ilegal* (21), que es la finalidad que el legislador español pretende erradicar (22), debido a la multiplicidad de intereses que resultan comprometidos y lesionados, y cuya salvaguarda es responsabilidad del Estado –desde el monopolio del ciclo de la droga, hasta la salud colectiva–. Siguiendo un análisis inductivo (23), estimo que la última medida para combatir dicho consumo es la lucha contra la expansión del tráfico ilegal, actuando contra las actividades de difusión de la droga –promoción, favorecimiento y facilitación–, realizadas mediante el cultivo, la elaboración, el tráfico o «de otro modo».

Mi tesis anterior contrasta con la redacción del precepto, que no considero la más adecuada, pues en ella, el peso de la acción parece recaer sobre los actos de cultivo, elaboración o tráfico, por lo que estimo más conveniente haber iniciado la descripción con los actos típicos –promoción, favorecimiento o facilitación– tendentes a la difusión del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. La explicación que encuentro a la redacción del precepto es que quizás el legislador ha pretendido seguir el orden cronológico del ciclo de la droga, por lo que empieza por los actos de cultivo y finaliza con la posesión con fines de difusión (24).

(20) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 4^a ed. revisada y puesta al día, Barcelona, 2002, p. 717. Por otra parte, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 13^a ed., pp. 631 y 632, quien opina que la extensión del precepto alcanza al concepto de posesión, al no ser referida sólo al tráfico, sino a los fines –«aquellos fines»– que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal.

(21) Así también lo considera Magaldi Paternostro, para quien la interpretación literal del precepto vincula la ilegalidad al consumo ilegal. Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II. Tít. XVII: de los delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III. de los delitos contra la salud pública» en VV.AA., CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): *Comentarios al Código Penal*, Parte especial, tomo II, Madrid, 2004, p. 1566.

(22) Pues como afirma Magaldi Paternostro, el consumo «conlleva un costo social, sanitario y económico que los Estados pertenecientes a nuestro estadio cultural y económico no están dispuestos a tolerar». Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., *últ. ob. cit.*, p. 1561.

(23) Ascendiendo lógicamente desde los supuestos individuales, al concepto global que los contiene.

(24) Pues el texto del Convenio de Naciones Unidas de 1988 sólo dispone, en su artículo 3.1: *Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno...* En este sentido, hay que

A continuación analizaremos por separado cada uno de los actos típicos que componen el precepto:

a) *Actos de cultivo*

El cultivo se refiere a la producción de plantas de las que obtener los principios activos naturales de ciertas drogas, con independencia del proceso de elaboración para obtenerla (25), mediante actos de siembra, plantación y recolección de plantas que posean sustancia tóxica con capacidad objetiva para atentar contra la salud pública, si bien, tal supuesto ha de ser idóneo para promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal, y tener conocimiento de ello (26). Por el contrario resultan conductas atípicas los cultivos autorizados (27), los destinados al autoconsumo, y los que no sirvan para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por no tener capacidad objetiva, o cuando falta la idoneidad subjetiva.

b) *Actos de elaboración*

Engloban «todas las posibles conductas hasta la obtención de la sustancia en su concreta presentación para el consumo (28)», consistentes, en la «transformación de una materia primera en otro producto que constituya droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica (29)».

decir que el artículo 3 no se refiere a la erradicación del cultivo de este tipo de sustancias, que se regula en el artículo 14.

(25) *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal...*, ob. cit., 4ª ed., p. 718.

(26) *Vid.* JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., pp. 118 y 119.

(27) Tienen la consideración de cultivos autorizados, los permitidos por la normativa estatal, autonómica o por Convenio Internacional suscrito y ratificado por España, aunque de forma más clara habrá de apreciarse el contenido de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre disposiciones reguladoras por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, que se adaptan a lo establecido en el Convenio de 1961. Merced a dicha ley se crea el Servicio de Control de Estupefacientes, dependiente de la Dirección General de Sanidad, encargado de la autorización, intervención, vigilancia y control del cultivo y de las cosechas, supervisando el desarrollo de los ciclos de cultivo, la recolección y el destino dado a los productos. *Vid.* JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...* ob. cit., pp. 118 y 119.

(28) Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos...», ob. cit., p. 141. Por su parte, Magaldi Paternostro, considera típicos los actos de producción, depuración y transformación de sustancias. *Vid.* MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1569.

(29) Según Joshi Jubert, la parte objetiva de la conducta de elaboración consiste en la realización de los distintos procesos, entre los que se encuentran: a) la obtención de droga: el proceso mecánico o químico de separar las plantas de su producto. En esta fase del proceso no puede hablarse de delito consumado; b) la producción de droga: mediante un proceso químico en laboratorio. Tampoco en esta fase del

Estos actos suponen la preparación, depuración y la propia transformación de dichas sustancias. Para que esta conducta sea típica, la elaboración (30) del producto debe tener capacidad objetiva y subjetiva, de manera que pueda promoverse, favorecerse o facilitarse su consumo ilegal (STS 13 de mayo de 1996). Por otra parte, si tal actuación concurre con otras conductas punibles –relativas al tráfico de precursores y actos preparatorios al tráfico– la penalista piensa en la posibilidad de poderse aplicar las reglas del concurso de normas.

c) *Actos de tráfico*

Engloba «todas las acciones destinadas a introducir en el mercado todas las sustancias estupefacientes (31)», hasta llegar al consumidor final (32). Ni la legislación española ni la internacional definen el concepto de tráfico penal de drogas tóxicas, por lo que una amplia doctrina jurisprudencial lo hace extensible a todo lo que sea apto para difundir el objeto típico, empleando todo medio de locomoción (33).

proceso habría consumación; c) preparación de la droga: proceso químico o mecánico para la obtención del estupefaciente, como el cortar la droga, mezclarla con otras sustancias o mezclar productos de distintas procedencias; d) depuración de la droga: proceso de separación de sustancias extrañas; e) transformación: proceso químico o mecánico, para convertir sustancias con nuevas propiedades; f) manipulación: transformación de una sustancia en otras sin cambiar sus propiedades –principalmente el cambio en su forma de presentación–. Cfr. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., pp. 126–129. Por otra parte, Queralt Jiménez, opina que la elaboración «se refiere al proceso de manipulación necesario para obtener la droga en sus diversas versiones ya sea para otros manipuladores, ya sea para hacerla llegar al público». Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal...*, ob. cit., 4^a ed., p. 718.

(30) Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., pp. 127 y 128. Ajena al tipo penal es la elaboración autorizada ex Ley 17/1967, de 8 de abril, que otorga autorización para fabricar, aunque sólo en la forma prevenida en el Convenio Único de 1961. En el caso del autoconsumo, si se prueba su finalidad, según la autora lo adecuado sería que dicha conducta resultara impune por la ausencia del elemento del tipo. De la misma manera, resulta atípica la elaboración de sustancias con una finalidad distinta a la difusión, como sería el caso del coleccionismo o de investigación. En idéntico sentido, vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., pp. 31 y 53, para quien el cultivo y la elaboración son equiparables al tráfico cuando vayan dirigidos a promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas por terceras personas.

(31) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal...*, ob. cit., 4^a ed., p. 718. Como afirma Moyna, podemos considerar que los actos de tráfico se dividen en tres categorías: a) actos principales: venta, permuta, b) actos previos: tenencia y c) actos auxiliares: transporte. Vid. MOYNA MÉNGUEZ, J., «Libro II: Tít. XVII» en VV.AA., *Código Penal*, 9^a ed, Madrid, 2004, p. 948.

(32) Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos...», ob. cit., p. 224.

(33) Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., pp. 131 y 133. Para Rey Huidobro, el término tráfico recogido en el artículo 368 aludiría a las conductas reco-

No tienen, en cambio, consideración de conductas ilícitas, ni el tráfico autorizado (34) ni determinados supuestos de tráfico dirigidos al propio consumo, así como el que no tenga por objeto promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.

Esta interpretación doctrinal extensiva –que excede del significado mercantil del término– supone otorgar tal consideración a toda actividad susceptible de trasladar el dominio o la posesión de una cosa (35) (STS 10 de abril de 2004), no requiriéndose la habitualidad ni el ánimo de lucro, por lo que sólo se consumaría el ilícito penal cuando el agente favoreciese el consumo de las sustancias tóxicas (36). Esta es la interpretación seguida por la Jurisprudencia, que no considera coincidente el concepto penal de tráfico con el sentido usual del término, orientado hacia la idea de comercio o negocio, al interpretar extensivamente el término para asimilarlo a cualquier tipo de expansión de la droga (37) con o sin ánimo de lucro (SSTS 16 de marzo de 1995, 4 de julio de 2002 y 18 de septiembre de 2003), independiente-

gidas en el artículo 15 de la Ley de estupefacientes de 8 de abril de 1967, que expresa que: «constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma». Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 53.

(34) Respecto al tráfico autorizado, la Ley 17/1967, de 8 de abril, autoriza el tráfico de sustancias siempre que concurren una serie de requisitos: a) las importaciones y exportaciones autorizadas por el Servicio de Control de Estupefacientes; b) cuando sean materias primas, el permiso sanitario sólo será concedido para la importación, a las fábricas autorizadas, cuando se proceda a su transformación; c) no se podrá llevar a cabo ningún transporte de estupefacientes sino cuando se dé cuenta al Servicio de Control; d) la dispensación al público de preparados sólo podrá efectuarse a través de las oficinas de Farmacias legalmente habilitadas. Asimismo, se elimina la tipicidad cuando la droga esté orientada al consumo propio o cuando, a pesar de no estar autorizada, carece de capacidad objetiva para favorecer, facilitar o promover el consumo ilegal o esté orientado a favorecer, facilitar o promover el consumo ilegal. Igualmente, el objeto típico se mantiene y la parte subjetiva precisa del dolo de traficar. Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., pp. 133 y 134; asimismo, Rey Huidobro entiende que los actos de tráfico a que alude el actual art. 368 CP deben ser integrados por las conductas descritas en el art. 15 de la Ley de Estupefacientes de 8 de abril de 1967, vid. REY HUIDOBRO, F., *El delito...*, ob. cit., p. 53.

(35) Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2000, p. 101.

(36) Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., pp. 53 y 54. Igualmente, al respecto, vid. MARTÍNEZ BOLUDA, F.: «Análisis jurídico del delito de tráfico de drogas» en *Revista General de Derecho*, p. 1996, p. 9705.

(37) Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., pp. 132 y 133.

mente de la idea comercial o mercantil y sin necesidad de la habitualidad de los actos.

d) *Cantidad exigua*

El art. 368 no fija cantidad mínima alguna a partir de la cual las conductas de tráfico se consideren típicas, por lo que la doctrina estima que se debe «fijar el *quantum* mínimo, a partir del cual podía hablarse de delito de tráfico de drogas (38)». Para solventar el problema se acude al *principio de insignificancia*, que supone aplicar un sistema de mínimos, dejando fuera de la norma penal aquellas conductas donde el legislador haya decidido no intervenir (39). Así, el Pleno no jurisdiccional, de 24 de enero de 2003, de la Sala II del Tribunal Supremo acuerda solicitar un informe al Instituto Nacional de Toxicología, donde se recojan los «parámetros técnicos indicativos», que determinan las «dosis mínimas psicoactivas (40)».

De esta manera, la doctrina jurisprudencial mayoritaria actual parece decantarse por la antijuridicidad material frente a la formal, resultando impunes todas aquellas conductas de tráfico, cuyo objeto se encuentre por debajo de las dosis mínimas fijadas en el mencionado informe, puesto que tales comportamientos, si bien atentan contra el artículo 368 del Código Penal –antijuridicidad formal–,

(38) Cfr. DE URBANO CASTRILLO, E., «La cantidad de droga en el narcotráfico» en *La Ley Penal*, núm. 17, junio de 2005, p. 77. En este sentido, De Urbano Castrillo, antes de los Acuerdos del Tribunal Supremo de los años 2003 a 2005, expresaba que lo mejor sería dotar de una mayor claridad a la cuestión, «pues si los “topes” por arriba, respecto a lo que considerar cantidades de “notoria importancia”, vienen cuestionándose desde hace tiempo, el tema de las cantidades por abajo debería encontrar una respuesta precisa», cfr. DE URBANO CASTRILLO, E., «¿Irrelevancia penal del tráfico de drogas, en cantidad «insignificante»?» en *Diario La Ley*, núm. 5.403, 24 de octubre de 2001, p. 5.

(39) Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, F., «En torno a la conveniencia de reconsiderar la idoneidad de la denominada «dosis mínimas psicoactivas» como presupuesto objetivo para la configuración del delito de tráfico de drogas» en *La Ley*, núm. 6.271, 9 de junio de 2005, p. 2; igualmente, Luzón Peña afirma que: «El principio de insignificancia opera cuando dentro de la conducta típica que en principio es suficientemente grave pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor sea insignificante, lo que puede suceder por mínimo desvalor subjetivo de la acción», cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal» en VV. AA., *El Cano*, 1995, p. 25.

(40) Éstas son definidas en la STS 28 de enero de 2004 como aquellas que *suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción, que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión.*

deben además lesionar el bien jurídico protegido –antijuridicidad material–. En este sentido, la Jurisprudencia aplica el principio de insignificancia basándose en el principio de lesividad, entendiendo que para que el bien jurídico salud pública resulte lesionado, *es preciso que la sustancia objeto de la conducta antijurídica tenga una potencialidad mínimamente tóxica* (SSTS 17 de febrero de 2006 y 8 de marzo de 2006). De esta manera, sólo cuando se transmite la sustancia tóxica en cantidades que pueden afectar a las funciones del sistema nervioso central (41) (SSTS 14 de febrero de 1995, 18 de abril de 1995, 26 de septiembre de 1995 y 22 de enero de 1997), se está poniendo en riesgo la salud, independientemente del efecto que dicha dosis cause entre consumidores –mayor o menor, pues no todos los organismos reaccionan idénticamente ante los tóxicos (42)–.

Con posterioridad, el Acuerdo no jurisdiccional, de 3 de febrero de 2005, reitera al anterior, con relación a la interpretación del artículo 368 CP, y acuerda: *Continuar manteniendo el criterio del instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa*. Más tarde, el Pleno de 5 de abril de 2005, acuerda que los magistrados que lo deseen, formulen una nueva redacción del artículo 368.2 para estos casos de tráfico de «menudeo» de droga dura, a efectos de ser debatida en un nuevo Pleno. Recientemente, se ha adoptado un nuevo Acuerdo no Jurisdiccional, de 25 de octubre de 2005 dimanante de la Sala Segunda, que versa sobre la conveniencia de modificar el artículo 368 del Código Penal y añadir un párrafo segundo al precepto. De tal manera que, cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí lo causen. En este sentido, el Magistrado Sr. Martínez Arrieta propone un segundo párrafo, cuya dicción sea: *«no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable»*.

(41) El sistema nervioso central está compuesto por cerebro y médula espinal.

(42) Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., «La dosis psicoactiva, nuevo criterio punitivo del tráfico de drogas en pequeñas cantidades» en otrosí, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 55, marzo de 2004, p. 20.

C) PROMOVER, FAVORECER Y FACILITAR (43)

El párrafo que recoge esta cláusula fue introducido por la Ley Orgánica 1/1988, de modificación del Código Penal, ampliando extraordinariamente el tipo, al poder albergar actos de participación en el tráfico, que la Jurisprudencia anteriormente había considerado actos de auxilio necesario. Se trata, por tanto, de una cláusula abierta que, por su amplitud e inconcreción, vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica (44), pues el tipo abarca literalmente todos aquellos actos que, aun no estando recogidos expresamente, contribuyan al consumo ilícito de drogas (45). Su redacción debería ser modificada por el legislador en una futura reforma del Código, en aras de su clarificación, como quedó patente en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 25 de octubre de 2005.

a) *O de otro modo*

Existen tres posibles interpretaciones sobre el contenido de esta proposición: 1.º, estimar que acompaña a los tres verbos rectores (46)

(43) Malgaldi Paternostro, define cada uno de los términos, entendiendo por promover «aquella actividad que crea las bases o condiciones necesarias para el inicio de una acción u operación o que posibilita una mejor puesta en marcha y desarrollo de la misma sin llevar a cabo directa o mediatamente el desarrollo de la misma (...) que, en este caso, cristalizaría en una acción u operación destinada a la expansión, difusión o mantenimiento del mercado del consumo ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas»; por otra parte, favorecer supone apoyar positivamente un intento o una empresa; y por facilitar, la autora considera como «hacer fácil el acceso (directo) al consumo ilícito o, lo que es lo mismo, realizar una conducta que posibilite (directamente) dicho consumo (el tráfico)». *Vid.* MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1575.

(44) *Vid.* REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 69.

(45) Según Joshi Jubert, la Jurisprudencia considera que son conductas de promoción, favorecimiento y facilitación, entre otras, las siguientes: los negocios de financiación, los actos de almacenaje y custodia, la recuperación química de la droga, los actos de transporte, que puede ser por cuenta ajena, en coautoría, para donación o para consumo compartido, prescripción abusiva de recetas médicas, suministro y entrega facultativa para el consumo, compra de droga por encargo de otro, búsqueda de clientela, entrega de la droga en nombre ajeno o cobro del precio en nombre de otro. Asimismo, se producen otros supuestos de promoción, facilitación y favorecimiento del consumo ilegal a través de actos tales como la invitación al consumo, sacar droga de donde está escondida para darla al vendedor, llevar una bolsa a un destino a cambio de un precio, facilitar el vehículo al traficante. *Vid.* JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., pp. 178 y 181.

(46) Esta posición está basada en una interpretación literal del texto, pues consideramos que la redacción es defectuosa, ya que después de la cláusula «o de otro modo» debería existir una coma, como signo de puntuación, pues en caso con-

—promover, favorecer o facilitar—, en cuyo caso la más mínima contribución —*de otro modo promuevan* (...)—, provocaría la consumación delictiva, lo que es contrario a los principios de legalidad y seguridad jurídica, por lo que esta hipótesis no podría ser válida en la práctica; 2.º, considerar que su amplitud resulta condicionada por la relevancia que suponen los actos de promoción al cultivo, la elaboración o el tráfico (47). De esta manera, en la promoción, el favorecimiento o la facilitación del consumo ilegal, sólo tendrán la consideración de típicos los actos de cultivo, elaboración o tráfico u otros de trascendencia semejante, siendo sólo punibles las conductas que generen —o incrementen de forma importante— el riesgo de que la droga sea consumida ilegalmente; 3.º, contemplar que dicha cláusula no restringe el ámbito típico a los actos de cultivo, elaboración y tráfico de la droga, sino que lo completa, al incluir cualquier acto que signifique promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal (48). Así, cualquier supuesto tendente a expandir el consumo, que no tuviera cabida en ellos habría de incluirse, inexcusablemente, en la cláusula genérica «o de otro modo». La implicación de este hecho es que resultará típico cualquier acto de donación con ánimo de difusión (49), así como cualquier género de propaganda, formulación de oferta y otras conductas (50), como prestar o dar dinero a alguien para que pueda

trario, la cláusula opera como un complemento circunstancial de modo de los tres verbos rectores.

(47) Atendiendo a dicha expresión, considera Sánchez Tomás, difícil una restricción del ámbito de aplicación más allá de los modos de promoción. *Vid.* SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos...», ob. cit., pp. 223 y 224.

(48) *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 13ª ed., p. 632.

(49) *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal...*, ob. cit., 4ª ed., p. 721. Hemos puntualizado con respecto a la donación, pues consideramos que no toda tiene carácter de difusión. En este sentido, la jurisprudencia considera una serie de requisitos que se deben cumplir para que la conducta sea impune. Por el contrario, Boix Reig y Jareño Leal opinan, —aunque no coincidimos— que: «la donación es punible en cualquiera de sus modalidades, ya sea donación para el tráfico ya sea para el consumo, trátase como un mecanismo de apertura de mercado o no, vaya dirigida a toxicómano o no». *Vid.* BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A., «Título XVII, Capítulo III» en VV.AA., VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II (art. 234 a disposiciones finales), Valencia, 1996, p. 1689.

(50) *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 13ª ed., p. 632. El autor considera, además, que la expresión «o de otro modo», amplía el ámbito típico a cualquier acto que signifique promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal. Contrariamente, Feijoo Sánchez considera que quedan fuera del tipo determinados comportamientos de propaganda o apología del consumo de drogas. *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la seguridad colectiva» en VV.AA., RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1013.

adquirir droga para el propio consumo. Considero que la tercera explicación es la más plausible, aunque en cualquier caso, cabe preguntarse por qué no ha incluido el legislador claramente este tipo de actos en la redacción del precepto, de manera que éste quedara expresado de la siguiente manera: *Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración, tráfico o de otro modo* –sin la coma después de tráfico–.

b) *Consumo ilegal*

Primeramente debemos analizar de forma separada cada término: por consumo, se entiende la «aplicación de la sustancia al ser humano (51)», pues sólo de esta manera se lesionaría el bien jurídico protegido salud pública; por lo que respecta al término «ilegal», podemos considerar dos posiciones (52): la primera –adoptada mayoritariamente por la doctrina y la Jurisprudencia–, entiende que la ilegalidad recae sobre las conductas mencionadas en el tipo (53), mientras que la segunda interpretación, que considero más acertada, defiende que la ilegalidad radica en el consumo, al eludirse el monopolio estatal del ciclo de la droga, cuyo fin es salvaguardar la salud física y mental de los ciudadanos (54). De esta manera, la expresión «consumo ilegal» se emplea en contraposición al consumo médico o terapéutico y a la investigación científica, que son los únicos consumos permitidos por la regulación española (55).

(51) De esta manera, no tendría la consideración de típica «la aplicación de la sustancia a la investigación científica». Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos...», ob. cit., p. 225.

(52) Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., p. 103. Por otra parte, cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos...», ob. cit., p. 225, quien afirma que: «ilegal ha de identificarse con prohibido por el ordenamiento jurídico, y no únicamente como sancionado penalmente».

(53) De esta forma, el término ilegal supone un elemento normativo del tipo, siendo necesario acudir a otras fuentes normativas para rellenarlo de contenido. En nuestro caso, debe conectarse con la regulación prevista en la Convención Única de 1961. De ello se derivan las consecuencias siguientes: 1º. Identificar el término ilegal con las conductas de difusión de las sustancias típicas, cuando se efectúe en contravención con la Ley de Estupefacientes, de 8 de abril de 1967, o ilegalidad administrativa, aunque deben darse los restantes elementos del ilícito penal. 2º Entender que es ilegal todo acto de difusión practicado en contravención al Real Decreto de 6 de octubre de 1977 y la Orden de 14 de enero de 1981 sobre regulación de las sustancias y preparados psicotrópicos, cuando se den el resto de elementos que el tipo penal exige. Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., pp. 103 y 104.

(54) Vid. ROMERAL MORALEDA, A./GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico forenses*, Granada, 1993, pp. 23 y 24.

(55) Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos...», ob. cit., p. 1013. Por su parte, Prieto Rodríguez critica la expresión «consumo ilegal», pues «el consumo podrá defi-

D) LA POSESIÓN

El artículo 368 del Código Penal castiga la posesión *con aquellos fines*. En principio, parece claro que se refiere a los fines de difusión, generados por la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, que suponen el núcleo de la conducta incriminada (56) (STS 7 de octubre de 1999). No obstante, deberá evidenciarse en el proceso penal la concurrencia del elemento subjetivo del tipo. En este sentido la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 1/1984 y las SSTs 17 de noviembre de 1986 y 20 de febrero de 1995 concluyen que la posesión abstracta es impune (57). De ello se infiere que si la tenencia no está orientada a la difusión, sólo cabe que se destine al autoconsumo (58), lo que habrá de ser acreditado igualmente a lo largo del proceso penal, correspondiendo a la acusación la carga de la prueba (59) (STS 14 de marzo de 2005).

La figura de la posesión es sinónimo de disponibilidad de hecho de la sustancia, con conocimiento de su ilicitud, no siendo preciso que el sujeto se encuentre en el lugar donde se halle la misma, ni que éste le pertenezca (60) (STS 28 de diciembre de 2004), pues, es imprescindible que la droga esté sometida a la voluntad del

nirse como no terapéutico, no prescrito, no recomendado..., pero nunca tachado de «ilegal». En este sentido, el autor critica el modo que ha tenido el legislador de redactar el artículo 368 CP al entender muy abiertas las conductas en él descritas y la ambigüedad en la lesión al bien jurídico identificado con la expresión «en los demás casos», cfr. PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *Aproximación al Código Penal de 1995*, Tarragona, 1999, p. 207.

(56) Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos...», ob. cit., p. 226. Idénticamente, Boldova Pasamar considera típicas las conductas de transmisión dirigidas a terceros. Vid. BOLDOVA PASAMAR, J. A., «Tenencia...», ob. cit., p. 442.

(57) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal...*, ob. cit., 4ª ed., p. 719. En este análisis sobre la tenencia, hay que examinar también la figura del consumidor traficante, cuya conducta no es impune, al trascender lo privado.

(58) El autoconsumo puede suponer una actuación no sólo individual, sino en grupo, en cuyo caso se denomina consumo compartido.

(59) Que deberá realizarse a través de elementos objetivos, tales como la cantidad, la presentación, la adicción de poseedor, la presencia de útiles de los que se infiera la intencionalidad del tráfico. Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos...», ob. cit., p. 227.

(60) Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., pp. 23, 25 y 26; idénticamente, vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., p. 192, para quien no se requiere, por parte del poseedor, el contacto material, constante y permanente con la cosa poseída.

sujeto (61) –para conservarla o disfrutarla–, porque quien ostenta su dominio es el poseedor real, aunque no detente la posesión, denominándose así «servidor de la posesión» a la persona que la tiene en su poder, pero para aquél, es decir, que reconoce la titularidad del otro (62), limitándose su labor de posesión a la custodia o almacenamiento de dichas sustancias. Es importante señalar la Jurisprudencia contempla la posesión aun cuando el sujeto no tenga en su poder el objeto ilícito pero tenga disponibilidad sobre él (63) (STS 18 de diciembre de 2002 –donde el agente tiene las llaves que dan acceso a la droga–). Ello ocurre en alguno de los siguientes casos: 1, el envío y recepción de droga (STS 25 de febrero de 2005–se entiende unánimemente que el poseedor es el receptor o destinatario de la droga cuando existe mutuo acuerdo entre éste y el remitente (64)–); 2. la utilización del denominado servidor de la posesión –cuando uno o varios sujetos poseen, a través de un tercero, el objeto ilícito, no destinado al autoconsumo– y el acuerdo de voluntades –la posesión se atribuye a aquellos que aceptan o dominan el destino de la droga–.

E) POSESIÓN PREORDENADA PARA EL TRÁFICO

En el delito de tráfico de drogas es difícil encontrarse con una prueba incriminatoria directa para sostener una condena. No obstante, Calderón Susín afirma que para acreditar la posesión preordenada para el tráfico se permite la prueba indiciaria (65), lo que en ocasiones es difícil de probar, al desconocerse cuándo está destinada al autoconsumo y cuándo al tráfico, siendo imprescindible evaluar todos los indicios posibles (66). En caso de inexistencia de pruebas

(61) Vid. CALDERÓN SUSÍN, E., «La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido» en *CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos contra salud pública y contrabando*, núm. V, Madrid, 2000, p. 28.

(62) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1578.

(63) Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, ob. cit., p. 212.

(64) La consumación del delito se produce en el momento en que se envía la droga, o más concretamente, en el momento en que salen del ámbito de dominio del remitente, o en ocasiones, desde el momento del acuerdo. Vid. JOSHI JUBERT, J., *últ. op. y loc. cit.*

(65) Calderón Susín define los indicios como los acontecimientos plurales anteriores o coetáneos al momento en que la droga es incautada. Vid. CALDERÓN SUSÍN, E., «La posesión...», ob. cit., pp. 36, 37 y 39.

(66) Al respecto, afirma Calderón Susín que: «estamos en un terreno movido (...) y pese al ingente número de sentencias que se han ocupado del problema (...)

indirectas, el Tribunal Supremo opta por absolver (SSTS 5 de octubre de 2002 y 11 de octubre de 2005).

Además de la pluralidad de indicios, se debe comprobar, con base en criterios técnicos, la relación con los hechos que se pretenden acreditar (SSTS 6 de abril de 1992, 14 de diciembre de 1992 y 8 de junio de 1993, 21 de julio de 1993, 30 de septiembre de 1993, 14 de febrero de 1994, 18 de febrero de 1994, 2 de junio de 1994 y 14 de diciembre de 1994). La prueba indirecta habrá de contar con los requisitos argumentados en la STS 8 de mayo de 1997, a saber: *a)* Pluralidad de hechos-base o indicios; *b)* Indicios evidenciados por prueba directa; *c)* Ser periféricos respecto del dato fáctico a probar (SSTS 28 de septiembre de 2000 y 18 de junio de 2003); *d)* Interrelación entre ellos; *e)* Racionalidad de la inferencia, en caso contrario, procederá la absolución del acusado (STS 16 de diciembre de 2004); *f)* Motivación judicial de la inferencia.

F) TIPO SUBJETIVO

El desvalor de la acción resulta condicionado por el elemento subjetivo, complementario a la peligrosidad de la conducta, que queda representado en estos ilícitos por el dolo (67), siendo imprescindible que el agente conozca y tenga voluntad de (68): 1. ejecutar la conducta (69); 2. que el objeto de referencia sean drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, causen o no grave daño a la salud; en este sentido, el dolo debe extenderse al conocimiento del

no hay pautas precisas, de modo que existen unas grandes dosis de inseguridad y en ocasiones indeseables razonamientos rutinarios». Cfr. CALDERÓN SUSÍN, E., *últ. ob. cit.*, p. 35.

(67) Vid. SOLA RECHE, J. I., *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, pp. 87 y 88.

(68) Vid. JOSHI JUBERT, U., *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 108 y 109.

(69) Todos los actos típicos requieren la demostración del *animus* del individuo (SSTS 24 de mayo de 2000 y 16 de septiembre de 2005), o el propósito serio de realizar la conducta típica, no siendo necesario acreditar que se han realizado actos de tráfico, al no exigirse otro comportamiento más preciso, lo que impide apreciar el error de prohibición (SSTS 21 de noviembre de 1995, 24 de enero de 1998, 30 de marzo de 1998, 27 de febrero de 2003 y 10 de febrero de 2005). Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, *ob. cit.*, p. 59. En el mismo sentido, Sola Reche advierte que: «en los delitos dolosos la voluntad del sujeto no sólo abarca el resultado que pretende conseguir con su comportamiento, sino al comportamiento mismo. Con éste puede evidenciar su voluntad de lesionar el bien jurídico». Vid. SOLA RECHE, J. I., *La llamada...*, *ob. cit.*, p. 81.

carácter nocivo de la sustancia (70), aunque la Jurisprudencia considera que no se requiere un conocimiento perfecto de la pureza, de la cantidad, del tipo ni de la clase de droga que se posee o se transporta (71) (STS 18 de julio de 2000); 3. que sus actos estén encaminados a la difusión del consumo ilegal de dichas sustancias, o se dirijan hacia aquellos fines; 4. que su conducta sea ilícita, admitiéndose el dolo eventual (72) (SSTS 5 de abril de 1993, 21 de abril de 1994 y 15 de noviembre de 1997) e inadmitiendo la culpa consciente (SSTS 5 de abril de 1993 y 18 de diciembre de 1997). De esta manera, concurren supuestos de error de tipo cuando se incumpla alguno de estos requisitos, bien porque el sujeto desconoce que el objeto ilícito es una sustancia prohibida –error sobre el carácter prohibido de la sustancia (73)– o porque la misma causa grave daño a la salud –error sobre el carácter nocivo de la sustancia (74)– (STS 28 de marzo de 1994) (75). En tales casos, el tratamiento penal sigue las reglas generales para supuestos en que no puede aplicarse la incriminación imprudente, esto es, impunidad tanto en caso de error invencible (76) como vencible. Es importante señalar que en el supuesto de error de carácter nocivo, la acción se sitúa fuera del Derecho penal, mientras que en el caso de error sobre el carácter prohibido se produce un auténtico error de prohibición (77).

(70) Vid. CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la salud pública (II). El delito de tráfico de drogas» en VV.AA., COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, 2004, p. 757.

(71) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1579.

(72) Que se produce cuando el autor actúa aún siendo probable el resultado del hecho, con arreglo a los principios de probabilidad y de la representación. Esta tipología es denominada por algunos autores dolo indirecto. Vid. voz «dolo» en VV.AA., GARCÍA VALDÉS (Dir.), *Diccionario de Ciencias Penales*, Madrid, 2000, p. 116.

(73) Según la denominación empleada por Muñoz Conde. vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 13^a ed., p. 634.

(74) Vid. MUÑOZ CONDE, F., últ. op. y loc. cit.

(75) La STS 28 de marzo de 1994 define los supuestos de error de tipo y de prohibición como: «los estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida (...) el error ha de demostrarse indubitado y palpablemente (...)». Como afirma Sequeros Sazatornil, la probanza resultará siempre difícil y poco asequible por pertenecer al fuero interno de la conciencia individual. Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico...*, ob. cit., p. 96.

(76) Conde-Pumpido contempla el error invencible cuando el sujeto no puede salir de su error «con un actuar, estudio o averiguación más diligente». Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte general*, 1^a ed., Madrid, 1996, p. 161.

(77) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 13^a ed., p. 634.

G) PENALIDAD

El artículo 368 castiga de modo diferente las conductas rectoras, en función de que el objeto material del ilícito se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, o de sustancias que no lo causen.

Con respecto a la pena de multa, se introduce el sistema de multa proporcional (78), que oscilará *«del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y (...) del tanto al duplo en los demás casos»* (79). En caso de que no se haya fijado el valor de la droga, será inaplicable la pena de multa por virtud del principio de *in dubio pro reo* (SSTS 20 de octubre de 2004, 25 de octubre de 2004, 28 de octubre de 2004, 3 de diciembre de 2004, 26 de mayo de 2005 y 21 de septiembre de 2005 —en que era inexistente su valoración y ni tan siquiera se interesó por parte del Ministerio público—); si bien, la STS 28 de abril de 2005 matiza tal extremo al declarar que ésta ha de coincidir con la cuantía por la que los acusados adquirieron la sustancia.

H) EL TIPO OBJETIVO: CUADRO RESUMEN

El concepto jurídico del delito ha de integrarse por los elementos siguientes: acción, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad y punibilidad, que pueden, a su vez, sistematizarse en elementos objetivo y subjetivo. Dichas consideraciones son contempladas en la tabla que se recoge a continuación:

(78) La multa proporcional, regulada con arreglo al artículo 52 del Código, se impondrá en los supuestos en que específicamente sea contemplada por el Código Penal. Su determinación: «se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, así como, no sólo teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino, principalmente, en función de la situación económica del culpable». Cfr. voz «multa» en VV.AA., García Valdés (direct.), *Diccionario...*, ob. cit., p. 360.

(79) Se destierra, así, el anterior sistema de fijación de multa, con arreglo al cual, el Juez o Tribunal debía cuantificar el valor monetario de la misma.

ARTÍCULO 368. TIPO BÁSICO

Elemento objetivo

Acción típica:	Actos de cultivo, elaboración, tráfico o cualesquiera otros que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas Con el Código Penal de 1995 el ámbito de los comportamientos prohibidos se amplía desmesuradamente, al contener todos los actos que faciliten a un tercero el consumo de drogas.
Bien jurídico:	Salud pública Notas caracterizadoras: a) Bien colectivo de carácter público. b) Se protege para evitar el consumo. c) El riesgo afecta a un número indeterminado de personas. <i>Problema:</i> Inexistencia de un concepto penal del término. <i>Consecuencias:</i> Tres visiones jurisprudenciales diferentes, que provocan resoluciones judiciales contradictorias: a) Visión tradicional: concepto amplio de seguridad colectiva. b) El consumidor adicto: no se atenta contra su salud (porque ya está lesionada). c) Protección de la difusión de drogas a terceros.
Naturaleza jurídica:	Interpretaciones a) Delito de peligro abstracto: la tipificación de las acciones se debe a que se pone en peligro la salud pública de las personas. b) No forma parte de los delitos de peligro hipotético, porque el peligro ya ha sido definido por el legislador, sin que sea necesario acreditar el riesgo.
Objeto material:	Drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas <i>Problema:</i> Inexistencia de un concepto jurídico-penal de droga. <i>Consecuencias:</i> La jurisprudencia sigue el criterio de la «enumeración concreta» por remisión a los Convenios Internacionales « <i>Son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente como tales dentro de España...</i> »

Elemento subjetivo

	El dolo Se requiere que el sujeto activo: a) Conozca y tenga voluntad de ejecutar los actos típicos (elementos cognoscitivo y volitivo). b) Que conozca que dichas acciones recaen sobre drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. c) Que la acción típica se dirija a la difusión del consumo ilegal de dichas sustancias. d) Que la conducta sea ilícita.
--	---

ARTÍCULO 368. TIPO BÁSICO

Penalidad

	Sustancias que causen grave daño a la salud	En los demás casos
Prisión:	De 3 a 9 años.	De 1 a 3 años.
Multa:	Del tanto al triple del valor de la droga.	Del tanto al doble del valor de la droga.

2. Subtipos agravados: artículos 369 y 370

Algunos autores entienden que este régimen de subtipos agravados, aplicables al tráfico de drogas, «provoca en algunas ocasiones un verdadero paroxismo penal (80)», al apartarse del criterio de circunstancias agravantes genéricas del artículo 66.3 (81) del Código Penal, con arreglo al cual se debe imponer la pena en su mitad superior. Lo común en todas las agravaciones es la exasperación penal como respuesta del Estado respecto al problema social (82), económico y político, que supone el tráfico ilegal de drogas y el aumento del consumo (83).

La reglamentación en materia de subtipos agravados se incrementa con la Ley Orgánica 15/2003, a través de la elevación de las penas, en algunos casos, la reordenación sistemática de los preceptos, la creación de nuevas figuras penales y la sutil modificación de las ya existentes (84). La reforma de 2003 mejora el diseño de los subtipos agravados de primer grado y de segundo grado, al definirse en las últimas el término de extrema gravedad e incorporar otros comportamientos punitivos, si bien, se incluye un nuevo sistema de penas para las agravaciones, cuya redacción resulta confusa (85).

(80) Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Delitos...», ob. cit., p. 233.

(81) El artículo 66.3 afirma que: *Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.*

(82) Vid. MARTÍNEZ BOLUDA, F.: «Análisis jurídico...», ob. cit. p. 9687.

(83) Según Magaldi Paternostro, la pena se agrava en atención al lugar en que se desarrolla la conducta típica, la especial condición del sujeto activo o del perjudicado, o el uso de sistemas organizativos más eficaces en la distribución de las sustancias prohibidas. Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1599.

(84) Vid. CARMONA SALGADO, C., «Delitos...», ob. cit., pp. 751 y 760.

(85) Vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La reforma penal en el delito de narcotráfico: su configuración jurídica en la Jurisprudencia» en VV.AA., *RGID.com*, núm. 1, 2005, p. 3.

A) AGRAVACIONES SIMPLES O DE PRIMER GRADO: ARTÍCULO 369

El precepto queda dividido en dos apartados (86): en el primero de ellos se reorganizan las circunstancias agravatorias del tipo básico, que pasan a ser diez, si bien, tan sólo son de nueva creación la novena –cuando se emplee violencia o se exhiban o usen armas para cometer el hecho– y la décima –cuando se introduzca o se saque ilegalmente droga del territorio nacional, o favorecer la realización de dichas conductas (87)–, ya que la octava supone la reforma de la anterior circunstancia primera. El segundo apartado recoge las medidas directamente conectadas con la responsabilidad penal de las personas jurídicas intervinientes en la comisión del hecho, ya sean las entidades concurrentes, organizaciones, actividades o establecimientos (88).

Las figuras agravadas pueden agruparse atendiendo a determinadas circunstancias, como son (89): 1. el sujeto pasivo o perjudicado (90) –siendo aplicable la agravación al sujeto activo que las difunda entre tales individuos, aunque puede extenderse al intermediario que conozca tal extremo–; 2. al sujeto activo que difunda o facilite las sustancias entre determinadas personas (91); 3. al lugar (92); 4. al objeto material (93). Habría resultado muy acertado que el legis-

(86) Vid. CARMONA SALGADO, C., «Delitos...», ob. cit., p. 763.

(87) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 15ª ed., p. 671. Igualmente, vid. CARMONA SALGADO, C. «Delitos...», ob. cit., p. 763.

(88) Vid. VALLE MUÑOZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II: Título XVII» en VV.AA., QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5ª ed. (revisada, ampliada y puesta al día), *El Cano*, 2005, pp. 1395 y 1396.

(89) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 13ª ed., pp. 669 y 670.

(90) Constituyendo motivo de agravación el que la droga se facilite a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación, aunque en este caso Muñoz Conde considera innecesaria tal mención, pues si se agravara su estado de salud por la ingesta de droga, más bien, habría de interpretarse como un delito contra la salud individual (lesiones).

(91) Cuando el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio y cuando perteneciere a una organización o asociación incluso de carácter transitorio, o participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

(92) Cuando la droga se introduzca o difunda en centros docentes, en centros, en establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación o en sus proximidades; o en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

(93) En el caso de la adulteración de la droga, excluyendo las mezclas o manipulaciones necesarias para el consumo. Si la adulteración de la droga produjera la

lador hubiera redactado el precepto atendiendo a esta distribución para organizar su contenido, haciéndolo más comprensible y fácil de aplicar.

B) CUANDO EL CULPABLE FUERE AUTORIDAD, FUNCIONARIO PÚBLICO, FACULTATIVO, TRABAJADOR SOCIAL, DOCENTE O EDUCADOR Y OBRASE EN EL EJERCICIO DE SU CARGO, PROFESIÓN U OFICIO

Esta conducta delictiva es obra de la reforma producida por la Ley Orgánica 1/1983, que disponía: *cuando los actos sean realizados por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión*. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo añadió *autoridad, trabajador social, docente o educador*. El hecho de que esta agravación esté recogida en el precepto impide la aplicación de la circunstancia agravante genérica, prevista en el artículo 22.7 del Código Penal (94).

La agravación penal se basa en que la comisión del hecho es realizada por un sujeto que ostenta una relación de dependencia con la función pública (autoridad o funcionario público) o por ejercer profesiones de corte social (sanitarias, asistenciales o educativas), sin cuestionar si se ha infringido un deber, la confianza de los ciudadanos hacia estos facultativos o si les es más fácil la perpetración del ilícito (95). Además, la nueva redacción sustituye la expresión *obrase con abuso* por la de *obrase en el ejercicio* (96). La explicación reside en el hecho de que el legislador ha ajustado la redacción, contemplando la ejecución del delito en el ejercicio de la fun-

muerte o causara lesiones graves al consumidor, se aplicaría el concurso de delitos. Otra agravante contemplada es la notoria importancia.

(94) Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La reforma penal...», ob. cit., pp. 26 y 27.

(95) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1599. La punición tiene carácter ejemplarizante, al quebrantar, mediante el tráfico de drogas, la confianza que la sociedad ha depositado sobre ellos. Además, ha de tenerse en cuenta que, por su condición profesional, poseen alguna de las siguientes circunstancias: un más fácil acceso a las sustancias prohibidas, una menor dificultad para realizar los actos típicos, o bien, mayores garantías de impunidad. Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 246. Por su parte, para Valle y Morales, la explicación se encuentra en que «el bien jurídico se vuelve más vulnerable por la facilidad con que pueden emplearse los canales de la profesión u oficio y el tipo de sujetos activos que potencialmente pueden relacionarse con ellos». Cfr. VALLE MUÑOZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., p. 1396.

(96) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones del tráfico de drogas en la Ley Orgánica 15/2003» en *La Ley Penal*, núm. 12, enero de 2005, p. 12.

ción, oficio o cargo (97). No obstante, aunque la nueva redacción no menciona el abuso, debe mantenerse la interpretación del Código anterior, con arreglo a la cual sólo se podrá aplicar la agravación cuando el sujeto actúe prevaleciéndose de su posición. Ha de tenerse en cuenta además que, cuando se aplica este precepto debe emplearse conjuntamente con el artículo 372, al tener el mismo ámbito de aplicación (98).

Con relación a los conceptos de Autoridad y funcionario público, el primero se define en el artículo 24.1 del Código Penal (99), mientras que el segundo se encuentra descrito en el artículo 24.2 del Código Penal (100). Este subtipo fue aplicado a un inspector de policía (STS 08 de marzo de 2005). En cuanto al término facultativo, incluye a los médicos (STS 18 de mayo de 1998), psicólogos (101) y personas en posesión de título sanitario (102) (STS 11 de junio de 1992), veterinarios, farmacéuticos y sus dependientes; quedan fuera de la agravación los que desarrollen actividades laborales sin titulación ni los voluntarios (103). Por lo que respecta a la expresión trabajador social, se trata de un diplomado en trabajo social o asistente social, que lleva a cabo una labor profesional, informando de asesoramiento técnico en materia de su disciplina profesional. Finalmente se considera docente o educador al que ejerce una labor de profesor, transmitiendo conocimientos y educando física e intelectualmente a

(97) Vid. VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., p. 1.396.

(98) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 13.

(99) Como afirma Magaldi Paternostro, la STS 7 de abril de 1993 declara que no ostentan la condición de agente de la autoridad los vigilantes jurados ni los agentes de aduanas. Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1.601.

(100) Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 248. Esto contrasta con la STS 7 de abril de 1993, pues, por su parte, Sánchez Melgar engloba dentro de esta categoría a los agentes de aduanas, policías de frontera, o aquellos que tengan encomendada la función de perseguir los delitos de narcotráfico, integrados en las correspondientes brigadas especiales de naturaleza policial. Lo mismo ocurre con los encargados de la vigilancia de lugares, cuando el delito se cometa mediante su colaboración. Vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La reforma penal...», ob. cit., pp. 26 y 27.

(101) Una gran parte de la doctrina penal defiende que no se debería haber incluido a los Psicólogos, al no poder prescribir tóxicos, vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal*. Parte especial, 9ª ed., con la colaboración de Alfonso Serrano Mañillo, Madrid, 2004, p. 699.

(102) En el artículo 222 CP se incluye dentro del término facultativo a los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

(103) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., pp. 1601 y 1602.

sus alumnos. En este sentido, no pueden considerarse educadores los profesores que imparten clases particulares a adultos.

El término «culpable» empleado por el legislador varias veces a lo largo del precepto resulta inapropiado, pues si consideramos que tal condición la ostenta el sujeto que ya ha sido juzgado y condenado, a través de un procedimiento. La utilización del término podría atentar contra el principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la C.E. antes de que el sujeto sea enjuiciado.

C) CUANDO EL CULPABLE PERTENECIERE A UNA ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN, INCLUSO DE CARÁCTER TRANSITORIO, QUE TUVIESE COMO FINALIDAD DIFUNDIR TALES SUSTANCIAS O PRODUCTOS AUN DE MODO OCASIONAL

Esta modalidad, que se mantiene inalterable en la redacción de 2003, siendo su finalidad la de perseguir la criminalidad organizada (104), o redes estructuradas (105), dedicadas al narcotráfico, independientemente de su duración y de su dedicación a otros fines, aun legales. Su justificación radica en que el concepto de organización referido al tráfico de drogas requiere una categoría autónoma dentro de la delincuencia organizada –denominada «criminalidad no convencional o de cuello blanco (106)»–. El precepto contempla dos circuns-

(104) La nota característica de la criminalidad organizada es la existencia de un modelo organizativo. Así, el artículo 282 bis. 4 LECr. considera como delincuencia organizada: *la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...* Vid. DELGADO MARTÍN, J., «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto» en *Actualidad Penal*, núm. 1, enero 2000, pp. 2 y 3.

(105) Vid. VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., p. 1.397.

(106) Según Rey Huidobro, en este tipo de organizaciones a gran escala, generalmente de tipo mafioso, los cabecillas detentan una posición privilegiada que les hace, frecuentemente, inmunes al sistema penal y cuyas notas caracterizadoras son las siguientes: 1.º elevado nivel socioeconómico, en contraste con el fenómeno de inadaptación social del crimen tradicional; 2.º la pluralidad y complejidad de medios de que disponen para realizar sus actividades; 3.º la actuación clandestina, que suele quedar fuera de la persecución penal, quedando sometidos a la misma los niveles inferiores de la organización; 4.º se trata de una delincuencia con repercusión supraestatal, de tal manera que las organizaciones tienen carácter de multinacional, afectando de manera importante a la economía de determinados países, que basan su riqueza en el cultivo y la elaboración de este tipo de sustancias. Vid. REY HUIDOBRO, L. F., «Drogas ilegales y etiología de la criminalidad» en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 49, 1993, pp. 121 y 122.

tancias (107): 1.º la pertenencia a una organización cuya finalidad sea la difusión drogas; 2.º la participación en otras actividades que se vean facilitadas por la ejecución del delito.

El dolo se extiende al conocimiento de que la acción típica se realiza a título de autor, dentro de una organización o asociación destinada al narcotráfico, aun desconociéndose la estructura y los integrantes de dicha organización (108). La jurisprudencia excluye el dolo eventual, respecto de la pertenencia a una organización (STS 15 de noviembre de 1997).

La STS 23 de mayo de 2003 argumenta que no puede confundirse la «organización», con lo que la Jurisprudencia denomina «coparticipación premeditada» (SSTS 20 de octubre de 1988, 1 de diciembre de 1992, 18 de septiembre de 1995 y posteriormente STS 2 de marzo de 2006), es decir, con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, aunque ambos supuestos presenten rasgos comunes. El concepto amplio de organización (STS 15 de noviembre de 1984) reiterado posteriormente (STS 14 de mayo de 1991), según el cual abarca a *todos los supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto para desarrollar una idea criminal*; fue seguido por la Jurisprudencia (SSTS 14 de febrero de 1995 y 18 de noviembre de 1996, entre otras), que añadieron que no era precisa una organización más o menos perfecta, de forma más o menos permanente, destacando la última de ellas que *lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito. La organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización*. El concepto fue precisado en otras Sentencias, insistiendo en los elementos anteriores y completándolo con otras notas, como: *a)* el empleo de medios idóneos (SSTS 24 de junio de 1995 y 7 de noviembre de 2002); *b)* una cierta jerarquización (STS 12 de noviembre de 1996); *c)* la distribución de cometidos y una cierta supervisión (STS 06 de abril de 1998); *d)* la continuidad temporal del plan más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera

(107) Vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., «Título XVII. Capítulo III. De los delitos contra la salud pública» en VV.AA., SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* (artículos 238 a 639), Pozuelo de Alarcón (Madrid), 1ª ed., 2004, pp. 1808 y 1809.

(108) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., pp. 1608 y 1609.

codelinuencia (SSTS 3 de mayo de 1994, 6 de abril de 1998 y 10 de junio de 1999); e) el empleo de medios de comunicación no habituales (STS 8 de febrero de 1991).

Esta agravación sólo es de aplicación a las sustancias recogidas en el artículo 368, de manera que, cuando se trate de los precursores regulados por el artículo 371, será sancionado con arreglo al apartado segundo de dicho art. (109), que precisamente recoge el tipo superagravado, aplicable a tales actos de tráfico. No obstante, este precepto no extiende la agravación a los supuestos en que la pertenencia a la organización fuere de carácter transitorio, o bien la actividad se realizase de modo ocasional.

D) CUANDO EL CULPABLE PARTICIPARE EN OTRAS ACTIVIDADES ORGANIZADAS O CUYA EJECUCIÓN SE VEA FACILITADA POR LA COMISIÓN DEL DELITO

El delito de tráfico de drogas suele hallarse unido a la ejecución de otros delitos, tales como el blanqueo de dinero, la indemnidad sexual, la Hacienda pública, el tráfico de armas etc. (110), por lo que los bienes jurídicos afectados son múltiples, al igual que los resultados lesivos, incrementándose la peligrosidad de las conductas con la ejecución de las actividades organizadas. Por tal motivo, la finalidad del precepto es, por un lado, combatir a las redes criminales y por otro perseguir la contribución a la ejecución de actos delictivos, aumentando la responsabilidad del sujeto, más allá de la red organizada, mediante la que se realizan hechos delictivos ligados a las conductas de tráfico de drogas (111).

a) *Otras actividades organizadas*

La reforma de la Ley 15/2003 suprime la referencia a que la *participación lo sea en otras actividades delictivas*, por lo que este subtipo se consuma simplemente cuando el sujeto activo participa en

(109) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., últ. ob. cit., p. 1.603. Por otra parte, la autora considera confusa la redacción al no utilizar conceptos correctos como «culpable» o demasiado extensos como «perteneciere» y su complicada interpretación, pues conecta términos definitivos como «organización» y «asociación» con otros más temporales como «ocasional». Igualmente, vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal...*, ob. cit., 9ª ed., p. 699.

(110) Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C.; FRIGOLA VALLINA, J./ESCUDERO MORTALLA, J. F., *Delitos contra la salud pública (II). Drogas, sustancias psicotrópicas, estupefacientes*, Barcelona, 1997, p. 376.

(111) Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., pp. 244 y 245.

otras actividades organizadas. De esta manera, el precepto mantiene los problemas interpretativos anteriores, lo que unido a la supresión del carácter delictivo de las actividades en las que participe el sujeto, supone que las actividades agravadas pueden resultar lícitas (112). La justificación de la agravación se encuentra en la pertenencia del sujeto activo a una organización, que aún no estando dedicada al tráfico de drogas, facilite la realización de dicha actividad delictiva (113). Por ello, la participación del sujeto en actividades lícitas organizadas sólo será penalmente relevante cuando sirvan para actividades tales como el blanqueo de dinero proveniente del narcotráfico, o para suministrar medios de transporte, pero en tales casos dichas actuaciones se encuentran reguladas por otros preceptos distintos.

La agravación precisa un doble elemento: por un lado, la comisión del tipo previsto en el artículo 368 del Código Penal, a título de autor y por otro, la participación del «culpable» en «otras actividades organizadas» o «cuya ejecución» «se vea facilitada por la comisión del delito», de manera alternativa, bien posibilitando estas actividades, bien facilitando su ejecución (114).

b) *O se vea facilitada por la comisión del delito*

La segunda cláusula de esta modalidad tiene como finalidad perseguir la contribución a la realización de otros hechos delictivos a través de la ejecución de las conductas típicas, al ir íntimamente ligadas a ellos (115), pero la inclusión de la disyuntiva «o» entre ambos supuestos, induce a la duda de si el hecho de que el acusado posea una pequeña cantidad de droga con destino al tráfico participe, además, en otra actividad organizada no delictiva, deba ver agravada su responsabilidad por el delito (116).

(112) Manjón Cabeza afirma que: «si se trata de actividades lícitas no tiene ningún sentido una exasperación penal en un grado y si se entiende cuál es el plus de injusto que se deriva de que el culpable de tráfico de drogas participe en otras actividades organizadas lícitas o en otras actividades no organizadas, también, como lícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del tráfico de drogas». Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., pp. 11 y 12.

(113) Vid. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 16^a ed., Madrid, 2005, pp. 246 y 247.

(114) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1610.

(115) Vid. VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5^a ed., p. 1.399.

(116) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Cap. III, Título XVII, Libro II, C.P.» en VV.AA., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código Penal comentado*, tomo II, Barcelona, 2004, p. 1091.

E) CUANDO LOS HECHOS FUEREN REALIZADOS EN ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO POR LOS RESPONSABLES O EMPLEADOS DE LOS MISMOS

La esencia del precepto se encuentra en el reproche de la conducta del agente, que realiza la actividad de tráfico en locales cuyo objeto es el esparcimiento público, así reflejado en los correspondientes permisos de apertura (SSTS 20 de febrero de 1997, 1 de marzo de 1997, 19 de diciembre de 1997, 15 de diciembre de 1999, 10 de febrero de 2000, 16 de enero de 2002, 30 de septiembre de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de diciembre de 2005). Por tal motivo, cuando el precepto considera que el local esté abierto al público, se refiere a que el delito se cometa dentro del horario de apertura (117), pues en caso contrario, no procedería aplicar el tipo agravado, sino el básico, previsto en el artículo 368 del Código Penal (STS 23 de octubre de 2001).

Al no definir ni especificar el legislador ningún establecimiento en particular, cabe incluir todo el que se encuentre abierto al público (118). En este sentido, ha de entenderse la actividad ilícita cuando se lleve a cabo en cualquier dependencia en la que se desarrolle la actividad empresarial o mercantil, dirigida a una clientela, que pueda acceder libremente (SSTS 11 de mayo de 1998, 25 de mayo de 1998, 8 de julio de 1999, 30 de abril de 2001, 16 de mayo de 2005, 9 de junio de 2005 y 29 de junio de 2005), no teniendo tal consideración cuando sea un mero depósito o almacén (STS 13 de septiembre de 2004). En este sentido, la Jurisprudencia recoge una definición del término «abierto al público» en numerosas resoluciones; así, la STS 5 de febrero de 2002 argumenta la necesidad de que el local disponga de una cierta infraestructura y acondicionamiento en que poder disimular el tráfico ilícito de drogas. De esta forma, el mero kiosco –y en general la venta callejera– quedarían fuera de lo que exige el legislador para aplicar la modalidad agravada, debido a la mayor facilidad de que dispone el agente para ocultar la difusión de las sustancias prohibidas, así como para la obtención de clientes (119).

(117) *Vid.* BOIX REIG, J. J./JAREÑO LEAL, A., «Título XVII...», *ob. cit.*, p. 1698.

(118) *Vid.* RODRÍGUEZ DEvesa, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*. Parte especial, 18ª ed., Madrid, 1996, p. 1.077.

(119) *Vid.* SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico...*, *ob. cit.*, p. 185. De igual manera, Magaldi Paternostro, justifica la agravación, de claro corte personal, en la especial situación de que dispone el sujeto activo del delito al prevalerse de la apa-

El subtipo agravado no exige que el autor del ilícito sea el propietario del establecimiento, bastando con que se trate del responsable o empleado del mismo, en actuación dolosa (120), sin que esta figura se pueda extender a los terceros que trafiquen dentro del establecimiento, debiendo responder aquéllos administrativamente de la falta de vigilancia o control dentro de sus instalaciones (121), por aplicación de lo prevenido en los artículos 23 y 25 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

F) CUANDO LAS SUSTANCIAS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO ANTERIOR SE FACILITEN A MENORES DE 18 AÑOS, A DISMINUIDOS PSÍQUICOS O A PERSONAS SOMETIDAS A TRATAMIENTO DE DESHABITUACIÓN O REHABILITACIÓN

El objetivo del precepto es la agravación penal cuando los destinatarios sean personas que, por sus circunstancias, resultan más vulnerables (122) debido a su menor capacidad de autocontrol (123) por las siguientes razones: 1. en el caso de los menores de edad, la falta de madurez derivada de su temprana edad, les impide elegir con libertad (STS 26 de diciembre de 1996), por lo que el fundamento de la agravación se halla en una política preventiva de evitación a la iniciación en el consumo de droga (124), o su incitación (125); 2. en cuanto a los disminuidos psíquicos resultan más fácilmente influen-

riencia legal para extender el consumo de droga. Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., pp. 1614 y 1615.

(120) Cfr. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 218.

(121) Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C./FRIGOLA VALLINA, J./ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la salud pública...*, ob. cit., p. 338.

(122) Vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., «Título XVII...», ob. cit., pp. 1.808–1.810.

(123) Vid. BOIX REIG, J. J.; JAREÑO LEAL, A., «Título XVII...», ob. cit., p. 1697.; en similar sentido, vid. GANZENMÜLLER ROIG, C./FRIGOLA VALLINA, J./ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la salud pública...*, ob. cit., p. 320.

(124) Precisamente, la Estrategia Nacional sobre drogas 2000-2008 contempla la prevención al consumo de drogas, como núcleo fundamental de la misma, debido a que *la menor tolerancia a la frustración, la sociedad de la competición, la presión para lograr éxitos, el ritmo de vida acelerado, que pretende satisfacción inmediata, son aspectos que inciden en los modos de vida, en los comportamientos individuales y condicionan la relación de la ciudadanía con las drogas*. Cfr. Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General de Sanidad, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas: *Plan Nacional...*, ob. cit., p. 11.

(125) Vid. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., pp. 208 y 209; igualmente, vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1617.

ciables (126), debido a su falta de criterio; 3. respecto a los individuos sometidos tratamiento de deshabituación o rehabilitación (127), la causa de la sanción penal debe hallarse en la clara divergencia que se pretende conseguir con los tratamientos de deshabituación, que actualmente se elaboran a partir de opiáceos sintéticos, como la metadona, regulando la normativa administrativa la dosis diaria con fines exclusivamente terapéuticos y recuperadores (128), puesto que se les aboca a la reincidencia en el consumo de tóxicos, imposibilitándose su recuperación.

Destacamos la visión de Manjón Cabeza, quien aboga por la necesidad de crear un tipo de protección frente a la droga para los menores o incapaces, como bien jurídico individual, independiente del artículo 368, que no tenga como finalidad la puesta en peligro de la salud pública, pues «lo que debe protegerse no es tanto su libertad de determinación frente a las drogas, que no la tienen o la tienen en formación, cuanto más bien, su indemnidad frente a las drogas (129)».

Este tipo delictivo se consuma cuando se facilita a un menor de 18 años o a un disminuido psíquico, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (STS 28 de mayo de 1993), interpretando el

(126) Se refiere a aquellas personas con minusvalía originada por el deterioro en su progresión intelectual. En este sentido, la Jurisprudencia crea unos patrones, mediante la prueba pericial psiquiátrica —a través de tests psicométricos, de personalidad y de inteligencia—, que sirven para acreditar el grado de disminución o deterioro psíquico. *Vid.* SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico...*, ob. cit., p. 162; de manera similar, BOIX REIG, J. J./JAREÑO LEAL, A., «Título XVII...», ob. cit., p. 1697, argumentan sobre la necesidad de que el individuo posea una disminución en su entendimiento para poder ser identificado como inimputable o semi-imputable. También, *vid.* MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1620, quien entiende que la disminución que debe padecer el sujeto ha de ser grave, y no es de aplicación tal agravación cuando se le haya proporcionado una adecuada formación que le habilite para relacionarse correctamente con su entorno. No obstante, Sánchez Melgar considera que el concepto de disminuido psíquico no coincide exactamente con el de incapacitado, recogido en el artículo 25 del Código Penal. *Vid.* SÁNCHEZ MELGAR, J., «Título XVII...», ob. cit., pp. 1808-1810.

(127) No se requiere que el receptor de la droga se encuentre internado en un centro hospitalario o comunidad terapéutica, pues el precepto recoge las fases que implican los tratamientos de deshabituación a las drogas, a los que se somete a los toxicómanos para su desintoxicación física, psíquica y su período de rehabilitación y reinserción social. *Vid.* REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 229.

(128) *Vid.* SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico...*, ob. cit., pp. 197 y 198.

(129) Entre estas conductas se encuentran, según la autora, la inducción al consumo, el consumo compartido, la intermediación y venta en cantidad exigua, la entrega de dinero para adquirir la droga o la indicación de los lugares de suministro. *Cfr.* MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 8.

término «facilitar» como cualquier acto de promoción, favorecimiento o puesta a disposición del objeto (130), quedando, por tanto, fuera de la punición las conductas de favorecimiento al consumo, «que no supongan facilitación material de la droga (131)». Se trata de una conducta dolosa que, por tanto, el sujeto activo ha de conocer y saber (132), aunque la jurisprudencia matiza que el dolo puede ser eventual (SSTS 7 de abril de 1988, 5 de abril de 1993, 28 de septiembre de 1993, 18 de mayo de 1997, 28 de junio de 2002, 27 de mayo de 2003 y 28 de febrero de 2005 –ya que el agente debió suponer que el perjudicado era menor de edad–). Por tanto, no será de aplicación la agravación penal cuando el acusado desconoce que el sujeto pasivo es menor de edad (SSTS 21 de abril de 1994, 2 de mayo de 1994, 15 de noviembre de 1997 y 29 de diciembre de 2003), lo que acontece en la mayoría de los casos cuando el perjudicado se encuentra próximo a los dieciocho años. Igualmente, ocurrirá en el caso de sujetos sometidos a tratamiento, pues el sujeto activo del delito, habrá de conocer que el perjudicado se encuentra sometido a alguno de estos tratamientos, no siendo suficiente la mera sospecha, por este motivo, en la mayoría de los casos existirá un problema probatorio (133), de ahí que la STS 19 de junio de 1999 inaplicara esta agravación cuando no constaba que el perjudicado estaba siguiendo el tratamiento de deshabituación.

G) CUANDO FUERE DE NOTORIA IMPORTANCIA LA CANTIDAD DE LAS CITADAS SUSTANCIAS OBJETO DE LAS CONDUCTAS

Esta agravación se fundamenta en la cantidad de droga, con el fin de distinguir, a efectos punitivos, entre el pequeño y el gran traficante que obtiene elevados beneficios del tráfico de drogas a gran escala (134). No obstante, presenta ciertas dificultades de interpretación debido a que el legislador no ha determinado los criterios para la fijación de esta agravación. Tan sólo especifica que dicha categorización

(130) Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico...*, ob. cit., p. 163.

(131) Entre estas conductas se encuentran, según la autora, la inducción al consumo, el consumo compartido, la intermediación y venta en cantidad exigua, la entrega de dinero para adquirir la droga o la indicación de los lugares de suministro. Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 8.

(132) Vid. BOIX REIG, J. J./JAREÑO LEAL, A., «Título XVII...», ob. cit., p. 1.697. Así mismo, vid. GANZENMÜLLER ROIG, C./FRIGOLA VALLINA, J./ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la salud pública...*, ob. cit., p. 320.

(133) Vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal...*, ob. cit., 9ª ed., p. 701.

(134) Cfr. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., pp. 220 y 221.

«debe realizarse atendiendo exclusivamente a la cantidad de droga» del objeto típico (135). Este hecho que ha llevado a muchos autores a demandar el establecimiento de unos parámetros que determinen qué cantidad debe considerarse de notoria importancia, en función de cada clase de droga. Para suplir este vacío, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 (136) dimanante de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (137), unifica los criterios y fija los topes máximos en la cantidad de tóxicos a partir de los cuales se puede hablar de «notoria importancia» —que tienen por finalidad combatir el tráfico de drogas que va más allá del simple «menudeo»—, en los que ha de basarse la Jurisprudencia (SSTS 14 de abril de 2002, 15 de junio de 2002 y 17 de junio de 2002). En el mismo se diferencia la notoria importancia en atención al tipo de droga —si causa grave daño a la salud (heroína, cocaína, LSD o éxtasis) o no (cáñamo índico y todos sus derivados)—, al número de dosis que se puede llegar a obtener y a su consumo medio (138), fijando la STS 12 de

(135) Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Una visión...», ob. cit., p. 81.

(136) El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2001, sustituye los criterios contenidos en el Anexo de la Fiscalía del Tribunal Supremo 1/1984, unificándolos respecto de las sustancias más nocivas y las dosis que incrementan la gravedad del hecho, en función de la pureza real y de su cantidad. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal...*, ob. cit., 4ª ed., p. 723. Con anterioridad a dicha fecha, según expresa Conde-Pumpido Ferreiro, la notoria importancia era «un concepto normativo a determinar por el juzgador», pues el mencionado Anexo tenía un carácter meramente indicativo, teniendo la última consideración la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por lo que las cantidades consideradas variaban entre las Sentencias dictadas, lo que podría conculcar el principio de seguridad jurídica. Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones...*, ob. cit., p. 43.

(137) En el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo (II) se aprobaron los siguientes puntos: 1.º la agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. 2.º Para la concreción de la agravante de la notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es, reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados. 3.º No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo. 4.º Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro —sobre la base del remitido por el Instituto Nacional de Toxicología— en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho Instituto.

(138) *Vid.* al respecto, LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio...*, ob. cit., 16ª ed., p. 247.

diciembre de 2001 el modo en que han de calcularse las cantidades para que la agravante se pueda aplicar.

Para que una sustancia pueda ser considerada droga es imprescindible acreditar su principio activo y para estar en presencia de la notoria importancia se ha de practicar el correspondiente análisis pericial de riqueza (139) (SSTS 30 de marzo de 1992, 23 de mayo de 1994, 30 de junio de 1995, 26 de marzo de 2004 y 20 de septiembre de 2004), descontando para la determinación del peso otras sustancias no tóxicas presentes en la mezcla (140), de manera que se tenga en cuenta el principio base o tóxico, reducido a pureza (141), salvo el hachís y sus derivados, pues su principio activo no puede adulterarse. De este modo, si no se ha practicado la correspondiente prueba pericial —de suerte que no consta ni el peso bruto ni el neto—, con referencia al principio activo, se habrá de excluir la notoria importancia en la condena del acusado.

Para fijar la notoria importancia en atención a la cantidad de droga, se partirá del consumo diario estimado para un consumidor medio, considerando una cantidad que permita abastecer un mercado importante (cincuenta consumidores) durante un período relevante de tiempo (diez días). Se obtiene, de este modo, la cifra de quinientas dosis de consumo diario, aplicable a todas las drogas. Para determinar el consumo diario de cada una de las drogas, garantizando la uniformidad en la aplicación del subtipo, se toma como pauta de referencia, el informe de 18 de octubre de 2001 emitido por el Instituto

(139) Por lo que respecta a la prueba pericial, Sequeros Sazatornil se expresa «sobre la necesidad de establecer normativamente unos protocolos unificados para el análisis de la droga objeto del delito» al valorar la prueba pericial. Así, el autor argumenta que no existe en España una reglamentación técnica para la verificación de los análisis realizados. No obstante, al haber ratificado nuestro país los Convenios de Naciones Unidas sobre estupefacientes, «se vienen aplicando en la práctica los métodos recomendados para el ensayo de sustancias emitidos por la Comisión de Estupefacientes en forma de manuales para uso de los laboratorios nacionales», que determinan la forma de tomar muestras estadísticas de los estupefacientes y psicotrópicos decomisados y los modos de realización de los ensayos cuantitativos y cualitativos en el laboratorio. Cfr. SEQUEROS SAZATORNIL, F., «Los protocolos sobre análisis de droga y su necesidad inaplazable de regulación en el ámbito del proceso penal» en *La Ley Penal*, núm. 8, septiembre 2004, pp. 98 y 100.

(140) Serrano Gómez establece el siguiente ejemplo: si un alijo de 3 kilogramos de supuesta cocaína solamente contiene 100 gramos de cocaína pura, la cantidad a tener en cuenta será ésta. Vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal...*, ob. cit., 9^a ed., p. 702. De igual manera, Feijoo Sánchez opina que: «lo decisivo es la cantidad real de droga existente con exclusión de los aditivos». Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos...», ob. cit., p. 1023.

(141) Vid. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio...*, ob. cit., 16^a ed., p. 247.

Nacional de Toxicología. En lo que se refiere a los supuestos más frecuentes, las quinientas dosis equivalen a 750 gramos para la cocaína (142), 300 gramos para la heroína y 2.500 gramos para el hachís (143).

Las cantidades (144) que determinan los topes máximos de las sustancias más frecuentes, se recogen en el cuadro adjunto, en el que apreciamos la evolución experimentada por el Tribunal Supremo en la apreciación de la cantidad considerada como notoria importancia:

SUSTANCIAS	HEROÍNA	MORFINA	METADONA	MDA/ MDMA	COCAÍNA	MARIHUANA	HACHÍS	ANFETAMINAS
Acuerdo TS 2001	300 g	1.000 g	120 g	240 g	750 g	10 kg	2,5 kg	90 g
Fiscalía del TS 1984	60-80 g			60-100 g	120 g	5 kg	1 kg	30-90 g

La tenencia compartida es la argumentación habitual expuesta por los Letrados defensores para soslayar esta modalidad agravada, en los supuestos de pluralidad de intervinientes cuando se desconoce la cantidad exacta de la que cada individuo dispone, con el fin de prorratear la cantidad de droga aprehendida entre el número de acusados, resultando así una pena inferior para cada uno de ellos (145). Sin embargo, aunque existen algunas resoluciones, como la STS2 de enero de 2002, que proponen que el tipo básico sea el de aplicación, descartando la agravación, generalmente el Tribunal Supremo no admite tal tesis, utilizando la solidaridad, como lo demuestra la regla general, con arreglo a la cual, cuando la droga pertenezca a varias

(142) El consumo medio diario de cocaína se encuentra en un gramo y medio aproximadamente en un adicto medio (STS 5 de julio de 2002).

(143) El consumo medio diario de hachís se encuentra en cinco gramos aproximadamente para un adicto medio (STS 11 de marzo de 2002).

(144) Como expresa De Urbano Castrillo, estas cantidades se determinan sobre la sustancia base o pura, de manera que sobre la cantidad de producto ha de aplicarse el correspondiente porcentaje de toxicidad para cada uno de ellos. Así, en el ejemplo que ofrece el autor, 1.000 gramos de heroína, con una pureza del 30 por 100 supondría una cantidad de 300 gramos de heroína pura. Este porcentaje habrá de venir fijado en el correspondiente informe pericial sobre el que debe basarse el Juez o Tribunal. *Vid.* DE URBANO CASTRILLO, É., «La cantidad...», *ob. cit.*, pp. 76 y 77.

(145) *Vid.* VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», *ob. cit.*, 5ª ed., p. 1.404.

personas, se tendrá en cuenta la cantidad total ocupada, sin que pueda dividirse entre el número de personas responsables del delito (SSTS 25 de abril de 1985, 15 de noviembre de 1985, 24 de septiembre de 1988, 28 de diciembre de 1988, 17 de octubre de 1989, 1 de junio 1990, 30 de octubre de 1990 y 22 de julio de 1992), cuando los intervinientes realicen conjuntamente un acto de tráfico (SSTS 11 de abril de 2002 y 27 de septiembre de 2002), basado en un plan conjunto que afecte a la totalidad de la sustancia (STS 5 de marzo de 2002). Sin embargo, esta regla sólo rige cuando la droga se ha adquirido por varias personas en un solo acto, pero no se puede aplicar cuando la cantidad de la sustancia pertenece a un sujeto o cuando se trata de varios delitos, cada uno de ellos con su respectivo autor (STS 16 de mayo de 1994), como ocurre en los casos en que la droga la adquiere cada uno por sí mismo separadamente del resto, supuesto en el que cada sujeto ha de responder de lo que obtuvo.

H) CUANDO LAS REFERIDAS SUSTANCIAS SE ADULTEREN, MANIPULEN O MEZCLEN ENTRE SÍ O CON OTRAS, INCREMENTANDO EL POSIBLE DAÑO A LA SALUD

Este subtipo es de aplicación cuando los productos utilizados en la adulteración, aun no siendo considerados sustancias tóxicas, crean un mayor peligro en la salud de los individuos (146). Por tal motivo, esta modalidad tiene como destinatarios a todos los que adulteren, manipulen o mezclen, trafiquen, promuevan, favorezcan, faciliten o distribuyan las sustancias, conociendo que han sido adulteradas, mezcladas o manipuladas, con incremento del posible daño para la salud (147). En este sentido, existe el criterio unánime acuñado por la doctrina penal de que, cuanto más adulterada se encuentre la droga, mayor será la posibilidad de ocasionar la muerte. Comúnmente el tóxico se «corta» con otras sustancias que, por sí mismas, ya son nocivas para el organismo, como podría ser la estricnina para la heroína y el polvo de talco o la tiza para la cocaína. Es un hecho constatable que cuanto más adulterado se encuentre el producto, más dosis y mayores beneficios económicos reportará al traficante, pero por contra sobre él recaerán más muertes. La cualificación puede originarse por la mez-

(146) Vid. VALLE MUÑOZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», últ. *op.* y loc. cit. Además, como siempre se ha mantenido, los penalistas consideran que el criterio de la pureza ha de decaer cuando nos hallemos en presencia de las sustancias que no causan grave daño a la salud, como son los derivados cannábicos.

(147) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Cap. III...», ob. cit., p. 1629.

cla de drogas con otros productos nocivos, o bien por mezclar, entre sí, diversos tipos de drogas, con lo que se incrementa el peligro para la salud de los consumidores (148).

Por el contrario, se excluyen de la agravación, y por tanto, se castigan con la pena del tipo básico, los siguientes supuestos: *a)* cuando no se incrementa el posible daño a la salud (149); *b)* en los casos de «dosis tóxica idénea», es decir, de sobredosis o dosis letal cuando se consume con exceso de pureza (150); *c)* cuando se utilizan otras drogas legales o se realzan sus efectos mediante sustancias inocuas, como la glucosa, lactófilos, lidocaína, manicol, paracetamol (151), etc.

Hemos de cuestionarnos si drogas consideradas como graves serán estimadas como no graves en los casos en que se encuentren mezcladas con sustancias no nocivas para la salud, de manera que resulte muy escaso el porcentaje de droga (152). La jurisprudencia, entre otras en la STS 11 de marzo de 1998 con respecto al éxtasis, declara que cuando se acredite pericialmente la existencia del principio activo de la sustancia, ésta tendrá la consideración de típica, independientemente de su grado de pureza —pues ello sí sería preciso para apreciar la notoria importancia de la sustancia, como subtipo agravado (STS 26 de marzo de 2004)—, pero en lo relativo a las anfetaminas, la STS 2 de febrero de 1996 entiende que, aunque esté mezclada, provoca grave daño para la salud, afectando al sistema nervioso central, ocasionando graves trastornos de la función motora y alteraciones del comportamiento, juicio y estado de ánimo del que las consume, bastando la mera presencia de la sustancia prohibida.

Otro tema importante es determinar a quién puede aplicarse la cualificación, es decir, si ésta alcanza a las personas que realicen o colaboren en la adulteración, o puede extenderse también a los distribuidores de la droga que conozcan tal circunstancia. La doctrina

(148) Cfr. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 230.

(149) Así lo explican, *vid.* GANZENMÜLLER ROIG, C./FRIGOLA VALLINA, J./ESCUERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la salud pública...*, ob. cit., p. 365.

(150) *Vid.* SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico...*, ob. cit., p. 207; asimismo, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 15ª ed., p. 670, quien apunta que, en los casos en que la droga sea de una pureza extrema no se podrá aplicar la modalidad agravada, pues la sustancia no se ha adulterado con ninguna otra.

(151) *Vid.* MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1629; igualmente, *vid.* LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio...*, ob. cit., 16ª ed., p. 247.

(152) *Vid.* REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 126. Según el autor: «ante este planteamiento, cabe decir que nunca la escasez de pureza puede convertir en una droga objetivamente como dura en blanda».

mayoritaria se decanta por la extensión de la agravación a todos los ejecutores del tipo básico, que conozcan el contenido y la nocividad de la sustancia (153); por tal motivo, se trata de una cualificación de escasa aplicación, debido a las dificultades probatorias con que se encuentra la acusación para demostrar la responsabilidad de la adulteración de la droga, teniendo en cuenta la existencia de una cadena sucesiva de intermediarios que suele existir antes de llegar la droga al consumidor final.

- I) CUANDO LAS CONDUCTAS DESCRITAS EN EL ARTÍCULO ANTERIOR TENGAN LUGAR EN CENTROS DOCENTES, EN CENTROS, ESTABLECIMIENTOS O UNIDADES MILITARES, EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS O EN CENTROS DE DESHABITUACIÓN O REHABILITACIÓN, O EN SUS PROXIMIDADES

La cláusula «tengan lugar» extiende el radio de acción de la agravación a «sus proximidades (154)», no siendo necesaria la introducción o difusión en los centros indicados (155) –aunque se refiere principalmente a los colegios de enseñanza–, por lo que será un concepto determinable «caso a caso», sin que sea aplicable regla alguna de carácter general (156). Respecto a esta extensión a las proximidades de estos lugares, podría interpretarse que se pretende desplegar el régimen disciplinario vigente en los centros a los lugares que los circundan, lo cual no es cierto, al no encontrarse sometidas en la práctica al régimen disciplinario y de orden (157). Esta cláusula plantea problemas probatorios, puesto que requiere evidenciar el dolo del autor, que ha de conocer que la transmisión de estas sustancias se realiza en las proximidades de tales centros; además, admite formas imperfectas de ejecución, por lo que es difícil concretar el grado de tentativa delictiva.

(153) Cfr. REY HUIDOBRO, L. F., *últ. ob. cit.*, pp. 231 y 232.

(154) De esta manera, abarca a todos los actos típicos del tipo básico, por lo que para Subijana Zunzunegui: «constituye un paradigma de inseguridad jurídica». Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Una visión...», *ob. cit.*, p. 83.

(155) Como afirman Valle y Morales, el simple acto de cultivo o tráfico de drogas en las proximidades de alguno de estos centros, sería suficiente para castigar con la pena agravada. *Vid.* VALLE MUÑOZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», *ob. cit.*, 5ª ed., pp. 1405 y 1406.

(156) Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, J., «Título XVII...», *ob. cit.*, p. 1809.

(157) Según la autora, la ampliación del precepto a las proximidades, manifiesta la tendencia del legislador «a castigar más supuestos o a castigarlos más gravemente». Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», *ob. cit.*, p. 10.

Por otra parte, consideramos que esta cláusula puede conculcar el principio de presunción de inocencia, puesto que debe probarse el ánimo de difusión del agente, exigido en el artículo 368 del Código Penal y sin que la mera «aproximación» parezca suficiente para castigarle con una pena que oscila entre los 9 y los 13 años y medio de prisión –tratándose de sustancias que causan grave daño a la salud– y de tres a cuatro años y medio en el resto de los casos.

J) CUANDO EL CULPABLE EMPLEARE VIOLENCIA O EXHIBIERE O HICIESE USO DE ARMAS PARA COMETER EL HECHO (158)

La finalidad de esta modalidad es regular los actos en que el inculpinado emplee violencia o exhiba armas, con objeto de imponer su voluntad en el momento de la comisión delictiva (159). La razón de la agravación no es el empleo de la violencia o armas durante la ejecución de los actos de tráfico –puesto que no se trata de vencer la voluntad de la víctima como en otro tipo de delitos, puesto que el sujeto pasivo presta consentimiento (160)– sino el garantizar la huida tras cometer el delito, o cuando algún miembro de los cuerpos de seguridad del Estado intente abortar la operación de tráfico y detener al delincuente (161). No obstante, hay casos de violencia extrema que no deberían resolverse con esta modalidad agravada, sino que debería llevar consigo la aplicación del régimen general del concurso (162).

(158) Como expresa Conde-Pumpido Tourón, respecto a la inclusión de esta figura en el precepto: «el dictamen emitido por el Consejo General del Poder Judicial consideró innecesaria esta agravación, calificándola como tipo complejo, por estimar que el empleo de estos medios con la finalidad de cometer el delito, esto es, con carácter previo al inicio de la ejecución, será improbable en la práctica». No obstante, continúa el autor, la crítica no fue acogida. Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Cap. III...», ob. cit., p. 1098.

(159) Para Sánchez Melgar se excluye del precepto la tenencia ilícita de armas por parte de los traficantes, que tendrá su tratamiento penal específico. Vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La reforma penal...», ob. cit., p. 31. En igual sentido, vid. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio...*, ob. cit., 16ª ed., p. 248, que alude a que en la circunstancia 9ª, pueden surgir problemas concursales.

(160) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 14.

(161) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1639. Por su parte, Valle y Morales, creen que estas circunstancias se producirán en grandes operaciones de transporte o tráfico de drogas y en procesos de elaboración. Vid. VALLE MUÑOZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., pp. 1382 y 1383.

(162) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 14.

La expresión *para cometer el hecho* obliga a probar el dolo en la exhibición (163), así como el dolo en la finalidad de ejecutar el hecho básico; por lo que el sentido de esta modalidad es el de la intimidación genérica (164), como medio de cometer el ilícito, que precisamente no ha sido incluido en la misma y que, en cualquier caso, llevaría a la aplicación del concurso de la Parte General. De esta manera, quedan fuera de esta agravación, casos como la coacción a un sujeto para que actúe como correo de droga o «mula» (165).

K) CUANDO EL CULPABLE INTRODUCIERA O SACARE ILEGALMENTE LAS REFERIDAS SUSTANCIAS O PRODUCTOS DEL TERRITORIO NACIONAL, O FAVORECIERE LA REALIZACIÓN DE TALES CONDUCTAS

Este subtipo agravado es de difícil interpretación, pues por un lado, parece una reminiscencia del antiguo concurso con el contrabando, y por otro lado, incorpora el adverbio «ilegalmente», que resulta demasiado confuso, puesto que los actos agravados provienen del tráfico ilícito previsto en el artículo 368 (166). Esta modalidad es aplicable al tráfico internacional de sustancias, que tenga como origen o destino nuestro territorio. En el caso de introducción de sustancias en territorio nacional se requiere la plena entrada en nuestras fronteras (167), de manera que los supuestos de ocupación en la aduana tendrían el carácter de tentativa del tipo agravado, aunque se habría consumado el tipo básico.

Resulta confusa la intención del legislador con esta modalidad, que además desoye las opiniones doctrinales contrarias a la solución del concurso de delitos entre el tráfico de drogas y el contrabando y la evolución del criterio jurisprudencial, que consideraba que el concurso debía ser de normas y no de delitos, que llevaba a aplicar la pena del tipo básico en su mitad superior (168). Este precepto,

(163) Vid. VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., p. 1.407.

(164) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 15.

(165) Según Markez, la expresión «mula» se emplea como sinónimo de «portadores individuales», que llevan la droga hasta el mercado final. Cfr. MARKEZ, I., «El gran negocio del siglo» en VV.AA., Markez (coord.), *Las drogas: de ayer a mañana*, Madrid, 1994, p. 222.

(166) Vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., «Título XVII...», ob. cit., p. 1810.

(167) Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Cap. III...», ob. cit., p. 1098.

(168) De manera que la autora mantiene que la nueva agravante de contrabando: «no sólo es un paso atrás respecto de la situación jurisprudencial inmediatamente anterior, sino que lleva una consecuencia mucho más grave que la que se había abandonado ya», pues tras el Acuerdo de 1997 pasó a considerarse el concurso de

implica la desigualdad en el tratamiento punitivo de dos conductas distintas como son la introducción de sustancias y el favorecimiento de la introducción, que lleva a que en determinados supuestos el favorecedor con una aportación escasa en el delito –cantidad exigua– sea castigado con una pena agravada que puede ser idéntica al autor que realizó el transporte, utilizando para ello a diversos distribuidores (169).

También ha de destacarse que la introducción o salida de droga del país en cuantía inferior a la notoria importancia tendrá el mismo efecto punitivo que si se trafica en territorio nacional con notoria importancia (170): la agravación lleva a aplicar la pena superior en grado a la del tipo básico, que en el primero de los casos, conduce a la imposición de una pena más desproporcionada, siendo la única diferencia entre ambos supuestos el marco penológico, que en el primer caso supondrá una pena de prisión de nueve años y un día, mientras que en el segundo, podrá llegar hasta trece años y medio.

L) PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN, PARTICIPACIÓN EN ACTIVIDADES ORGANIZADAS O REALIZADAS EN ESTABLECIMIENTO PÚBLICO

El artículo 369.2 contempla dos grupos de medidas: 1. Medidas de carácter preceptivo, que se patentizan en la imposición de una «multa (171) del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito,

normas, descartando el de delitos. Mientras que con la reforma de 2003, se aplica una agravación de la pena superior en un grado. Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA A., «Agravaciones...», ob. cit., pp. 15 y 27.

(169) Vid. VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., p. 1396.

(170) Cfr. VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., pp. 1409 y 1410. Igualmente Conde-Pumpido realiza idéntica crítica, considerando desproporcionada la agravación en los casos en que la cantidad sea inferior a la notoria importancia. Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Cap. III...», ob. cit., p. 1098.

(171) La multa deriva de los acuerdos marco de la UE (Bruselas, 23 de mayo de 2001, COM (2001) 259 final: 2001/0114-CNS). Sánchez Melgar señala que esta figura, más que una pena, aplicable a los administradores o representantes de las personas jurídicas, supone una sanción administrativa, al prever un castigo pecuniario. El autor opina que la naturaleza de esta sanción económica es confusa, pues aunque la imponga la jurisdicción penal, proviene de una responsabilidad civil. El penalista sostiene que su consideración como «pena», tiene varios inconvenientes, a saber: a) infringe el principio de la personalidad de las penas; b) la determinación de su cuantía, obliga al juez penal a tener en cuenta la situación económica del culpable; c) en caso de incumplimiento, la responsabilidad personal subsidiaria se fijará según el prudente arbitrio judicial. Vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., «Título XVII...», ob. cit., pp. 1811-1813.

el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo», que se encuentren bajo el dominio de la organización delictiva o del titular del establecimiento en que se realicen, y que sean imputables al acto delictivo; 2. Medidas de carácter facultativo, que podrán ser acordadas por el Juez o Tribunal, consistentes en una serie de medidas accesorias, que se concretan en: *a*) la pérdida de determinados derechos (172), mientras dure la mayor de las penas de libertad impuestas al sujeto; *b*) en la aplicación de las medidas recogidas en el artículo 129 del Código Penal (173), tales como la disolución de la persona jurídica o la suspensión o prohibición de sus actividades (174).

A la vista de lo anterior, es fácil determinar el destinatario de la pena en el caso de que se trate del titular del establecimiento abierto al público, donde se produjeron los hechos. El problema, entendemos, radica en los supuestos en que el destinatario sea una organización o asociación, que puede poseer o no personalidad jurídica: 1, en caso de que se trate de persona jurídica, conforme al aforismo *societas non potest delinquere*, ésta —organización y asociación— no puede cometer delitos, sino que lo harán sus representantes legales, por lo que la pena recaerá sobre éstos en las circunstancias 2^a y 3^a del precepto; 2, que la organización no disponga de personalidad jurídica propia, sino que se trate simplemente de lo que el artículo 282 bis. 4 LECrim define como criminalidad organizada, en cuyo caso la pena recaerá sobre el «cabecilla». Estimo que la redacción del precepto es tan complicada, que para aplicarlo obliga a extender la pena cuando el agente del artículo 369.1 y el destinatario de la pena del artículo 369.2 sean la misma persona, en cuyo caso, esgrimiendo una interpretación *in bonam partem* para el reo, sostenemos que no se podrían acumular las penas de multa dispuestas en los apartados primero y segundo de la citada disposición, al resultar una sanción económica desorbitada, llegando incluso al séptuplo del valor de la droga. En tal caso, con arreglo al artículo 8.4 del Código, debería aplicarse la multa del tanto al cuádruple, fijada en el artículo 369.1.

(172) Consistentes en la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social.

(173) Consistentes en la clausura, disolución, suspensión y prohibición de realizar actividades, temporal o definitivamente, e intervención de empresas para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

(174) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., pp. 1642–1644.

Las mencionadas consecuencias accesorias que aparecen en el segundo apartado, a pesar de ser de carácter temporal, están orientadas a eliminar cualquier organización o asociación relacionada con la difusión de este tipo de sustancias, al incidir sobre la capacidad económica y las actividades lícitas, que sirven de «tapadera», para la comisión de este tipo de delitos.

M) LAS HIPERAGRAVACIONES: ARTÍCULO 370

El sistema de agravación contemplado en la disposición faculta para aplicar la pena superior en uno o dos grados a la prevista en el tipo básico –obligatoria en un grado y facultativa en dos (175)– cuando concorra alguna de las circunstancias previstas que contempla (176). El resultado es un incremento del margen de discrecionalidad judicial (177) y la exasperación de la respuesta penal frente a la realización de las conductas descritas en el tipo básico (178). Por ello, la aplicación de la agravación de la pena en dos grados, no debe imponerse automáticamente, sino que debe realizarse dependiendo de las circunstancias en cada caso (179).

N) CUANDO SE UTILICE A MENORES DE 18 AÑOS O A DISMINUIDOS PSÍQUICOS PARA COMETER ESTOS DELITOS

Esta modalidad se emplea cuando los actos ilícitos se cometan utilizando a menores de edad o disminuidos psíquicos, tratándose en ambos supuestos de personas inimputables (180), de manera

(175) Cfr. MOYNA MÉNGUEZ, J., «Libro II...», ob. cit., p. 972.

(176) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 8. Por otra parte, como afirman Valle y Morales, pervive la exasperación penológica, pero se permite «acomodar la pena al grado de desvalor del hecho». Cfr. VALLE MUÑIZ, J. M.; MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., p. 1415.

(177) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Cap. III...», ob. cit., p. 1104.

(178) Como afirma Magaldi Paternostro: «la utilización de un menor de dieciocho años para realizar actos de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud puede comportar la imposición de una pena de prisión muy superior a la prevista para el delito de homicidio». Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit. 1645.

(179) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 20.

(180) Como argumenta Magaldi Paternostro de su contenido se desprende el problema de la autoría mediata, en que el autor se sirve de un inimputable, como instrumento para cometer el hecho delictivo, con lo que no procede la aplicación de la modalidad agravada cuando el menor o disminuido psíquico intervengan o participen de forma accesoria, o cuando éstos sean coautores junto con otros individuos, sin ser instrumentos del delito. Este ilícito sólo puede ejecutarse de forma dolosa, aunque la doctrina lo hace extensible al dolo eventual y el error vencible o invencible.

que el que conozcan o no que están cometiendo un hecho delictivo se considera jurídico-penalmente irrelevante (181). Esta circunstancia tiene su origen en el artículo 3.5.f) del Convenio de Viena de 1988, con el objetivo de luchar contra la «victimización» de menores de edad (182). Dos parecen ser las argumentaciones entorno a esta modalidad agravada: por un lado, la minoría de edad supone eludir y entorpecer la acción de la justicia utilizándolos normalmente como correos, con lo que se busca su impunidad (SSTS 18 de mayo de 1999 y 28 de octubre de 1999); por otro, se interfiere en la formación de su personalidad, corriendo el riesgo de corrupción del menor, al iniciarlo en el consumo y en el ciclo de la droga. El problema de la utilización de menores de edad debe resolverse de manera que si éste es capaz de asumir que está realizando un hecho delictivo, será de aplicación la agravante, mientras que por el contrario, no se aplicará cuando éste actúe «como un mero objeto o instrumento inocente en manos del hombre de atrás» (183).

O) CUANDO SE TRATE DE LOS JEFES, ADMINISTRADORES O ENCARGADOS DE LAS ORGANIZACIONES

Esta hiperagravación se aplica cuando el culpable se integre en *una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional* o participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (184). Aunque los miembros pertenecientes a tales organizaciones o asociaciones serán sancionados conforme al número 2 del artículo 369, quienes las dirigen (185) y operan dentro de esa estructura criminal destinada a

ble excluye la agravación penal. Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., pp. 1647 y 1648.

(181) Vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La reforma penal...», ob. cit., pp. 37 y 38.

(182) Cfr. REY HUIDOBRO, L. F., *El delito...*, ob. cit., p. 250.

(183) Cfr. REY HUIDOBRO, L. F., *últ. ob. cit.*, p. 253.

(184) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 18.

(185) Serrano Gómez considera que jefe es el que dispone del mando de la empresa, ya como dueño ya como gerente; por administrador entiende quien desarrolle la administración de la empresa, incluidos los miembros del Consejo de Administración, si existieran y siempre que tuvieran conocimiento de las actuaciones delictivas de la organización. Encargado es quien no sea administrador pero cumpla con funciones directivas a cualquier nivel. Vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal...*, ob. cit., 9ª ed., p. 704.

la expansión del consumo de drogas valiéndose de otros, serán castigados en virtud del artículo 370 (186). Con ello se garantiza el principio de proporcionalidad, al dispensar un trato diferente a los que actúan como meros integrantes de estas organizaciones o asociaciones y los que las dirigen.

Con respecto al concepto «organización» empleado en el precepto, aunque se admita que la organización pueda tener carácter transitorio y desarrollar de manera ocasional la actividad de tráfico, la STS 24 de septiembre de 1985 contempla la necesidad de un mínimo de estabilidad, una distribución de los papeles entre sus miembros y una jerarquización (SSTS 17 de noviembre de 1998, 10 de noviembre de 2002 y 14 de noviembre de 2001), que resultan difíciles de probar en cada caso (187).

P) CUANDO LAS CONDUCTAS FUESEN DE EXTREMA GRAVEDAD

La «extrema gravedad» puede aplicarse tanto a cualquier conducta del tipo básico, como a supuestos contruidos sobre una agravación del art. 369 –*cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1*–. En el precepto no se recoge una verdadera definición del término, sino una enumeración taxativa de los casos de extrema gravedad. Ha de destacarse que además de los casos contemplados como de extrema gravedad, otros factores que rodeen los hechos deberán ser considerados como circunstancias agravantes (188), con arreglo al artículo 66 del Código Penal (189).

La noción de extrema gravedad se equipara, en primer lugar a la «extrema cantidad», que continúa siendo un concepto indeterminado, puesto que la expresión *excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia* está sometida a la discrecio-

(186) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1.649. Igualmente, Manjón-Cabeza, considera que la agravación del artículo 370, que castiga a los jefes, administradores o encargados, sólo es aplicable al primer inciso del artículo 369.1.3 *el culpable participare en otras actividades organizadas*, pero no al segundo. Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 18.

(187) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., 13ª ed., p. 640.

(188) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1653.

(189) Artículo 66. 1. 3ª. *Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.*

nalidad judicial (190), por lo que dicha cantidad debería ser concretada por el legislador (191).

Por otra parte, la «extrema gravedad» se fija en términos de comercio a gran escala con una adecuada infraestructura, pues sólo de esta manera se justifica el empleo de buques, aeronaves, la simulación de operaciones de comercio internacional (192). Respecto al primero, se estima extrema gravedad en la mera utilización de buques o aeronaves, como medio de transporte de las sustancias, cuando sean fletados para tal fin (193). Se excluye, por tanto, el transporte de sustancias ocultas en naves, que realizan trayectos de carácter regular. Por otra parte, la implicación internacional está presente en el precepto en dos consideraciones, lo que da idea de la importancia que el legislador concede al narcotráfico de carácter transnacional. De esta manera se persigue: *a*) la simulación de operaciones comerciales que supongan el tráfico de sustancias camufladas en operaciones de importación o exportación de otros productos, así como el lavado de los beneficios ilícitos, que generalmente tienen como destino paraísos fiscales; *b*) las redes internacionales (194), cuyos tentáculos mafiosos alcanzan un gran número de países o mercados, que por su dimensión y medios pueden llevar a cabo operaciones de gran envergadura, moviendo entre países cantidades ingentes de droga. En este sentido, resulta indiferente que las empresas realicen realmente actividades de tráfico mercantil, o sean

(190) Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 22. En opinión de Valle y Morales, la introducción de la fórmula *notablemente*, aporta mayor incertidumbre, pues al «concepto indeterminado notoria importancia se suma ahora el concepto indeterminado «notablemente superior a notoria importancia»». Cfr. VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., p. 1415.

(191) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1.653. La introducción de esta figura, según argumentan Valle y Morales, tiene su fundamento en la pretendida solución a los problemas sufridos por la Jurisprudencia para delimitar el alcance de esta agravación. Vid. VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES GARCÍA, O., «Libro II...», ob. cit., 5ª ed., p. 1415.

(192) Vid. Valle Muñoz, J. M.; Morales García, O., últ. ob. cit., p. 1416.

(193) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., pp. 1653 y 1654.

(194) Manjón-Cabeza considera que el precepto sólo menciona que se trate de redes internacionales y no de pertenencia a las mismas, por lo que exige un requisito menor que la agravación de primer grado del artículo 369.1.2ª. Además, la autora afirma que si no se exigiese dicha pertenencia, sino la procedencia de la droga a través de una red internacional, cualquier acto de tráfico de sustancias que provinieran de fuera de España podría ser penado mediante la aplicación del artículo 370. Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., p. 24.

sociedades ficticias, pero siempre han de concurrir los elementos integrantes de la denominada «red internacional», es decir: existencia de una red organizada de personas con diversos roles y carácter internacional de la misma (195).

Finalmente, se considerará extrema gravedad cuando concurren tres o más de las circunstancias del art. 369.1, con independencia de su naturaleza (196). Por tanto, no tendrá lugar la agravación en el supuesto de acumulación de agravaciones en número inferior a tres o de concurrencia de una agravación del art. 369 y otra del art. 370, para los que no existe una regla establecida para resolver tales casos, debiendo emplearse la opción de elevar la pena en uno o dos grados, según el caso (197).

Q) MULTA DEL TANTO AL TRIPLE DEL VALOR DE LA DROGA OBJETO DEL DELITO (SUPUESTOS DEL 370.2º Y .3º)

El art. 370 introduce una multa, de aplicación a los arts. 370.2º –jefes, administradores o encargados de las organizaciones– y 370.3º –extrema gravedad–. Este apartado persigue claramente la lucha contra la delincuencia organizada, que mueve grandes cantidades de droga, obteniendo muy elevados beneficios económicos, de manera que la multa prevista en el art. 368 no supone para estas organizaciones ningún trastorno económico, por lo que resultaría más gravosa para ellas la elevación en uno o dos grados de la multa proporcional, lo que no es posible al ser ésta «inalterable», como se infiere de los arts. 50.5 (198) y 52.2 (199) y ser, por tanto, inaplicables las reglas

(195) *Vid.* MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1654. Por otra parte, Sánchez Melgar afirma que este concepto entrará en concurso con la agravación del número 10º del artículo 369. Como expresa el autor, esta simulación se suele conseguir mediante operaciones de tráfico mercantil entre personas físicas o jurídicas, pero en este caso no hay una previsión especial de multa a las personas jurídicas, lo que parece un olvido del legislador. *Vid.* SÁNCHEZ MELGAR, J., «La reforma penal...», ob. cit., pp. 39 y 40.

(196) *Vid.* MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Libro II...», ob. cit., p. 1655.

(197) Según Manjón-Cabeza, cuando se den dos agravaciones del artículo 370, deberá observarse si alguna de las agravantes obliga a la máxima exasperación, en cuyo caso «se elevará en dos grados por esa y por la otra se determinará el marco penal elegido». En caso negativo, podrá optarse por elevar la pena en un grado y concretarlo con la segunda agravante, o bien por elevar la pena en dos grados. *Vid.* MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Agravaciones...», ob. cit., pp. 25 y 26.

(198) Artículo 50.5: *Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito.*

(199) El artículo 52.2 dispone: *en estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para deter-*

generales de determinación de la pena del capítulo II del título III –recogidas en los artículos 66 y siguientes–, pues su observancia conduciría a una interpretación *in malam partem*. Por ello, el legislador español, con arreglo a criterios de justicia material, articula un mecanismo específico de agravación para los supuestos 2º y 3º del artículo 370, facultando a los Jueces y Tribunales para determinar la extensión de la multa proporcional, dentro de los límites establecidos, atendiendo principalmente a la situación económica del culpable.

3. Cuadro de la Jurisprudencia aplicable a los artículos analizados

Finalizamos este estudio mostrando un cuadro resumen que recoge la Jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del TS, de aplicación para los artículos tratados.

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Acción típica: elemento tendencial	E	10 de abril de 1984	20 de marzo de 1984	12 de marzo de 1984	5 de marzo de 1984	23 de febrero de 1984
		9 de febrero de 1984	24 de enero de 1984	18 de enero de 1984	2 de enero de 1984	29 de octubre de 1983
		13 de octubre de 1983				
Adulteración de droga	E	26 de marzo de 2004	11 de marzo de 1998	2 de febrero de 1996		
Adulteración: cannabis	E	25 de enero de 2002	12 de julio de 1999	24 de marzo de 1998	20 de noviem. de 1997	
Adulteración: corte de heroína con glucosa	E	17 de septiem. de 2003	12 de septiem. de 2003			
Adulteración: «speed-ball» cocaína y heroína	E	17 de diciem. de 1993	20 de diciem. de 1990	7 de octubre de 2003		
Agotamiento del delito	E	9 de diciembre de 1999	3 de junio de 1999	8 de mayo de 1998		
Agravación: autoridad	E	8 de marzo de 2005				

minar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Agravación: personal facultativo	E	18 de mayo de 1998	11 de junio de 1992			
Agravación: prevalimiento o abuso de profesión	E	30 de junio de 1997	11 de octubre de 1994	11 de marzo de 1993	11 de octubre de 1990	
	D	12 de febrero de 1990				
Agravación: utilización de menores de 16 años	E	30 de abril de 2004	15 de septiem. de 2000	12 de diciem. de 1996		
	D	28 de junio de 2002				
Almacenaje	E	17 de octubre de 2005				
Autoconsumo	E	28 de octubre de 2004	21 de abril de 2004	30 de marzo de 2004	3 de marzo de 2004	7 de febrero de 2003
		31 de octubre de 2002	22 de marzo de 2000	13 de marzo de 2000	6 de marzo de 2000	18 de octubre de 1993
		27 de septiem. de 1993	16 de septiem. de 1993	5 de julio de 1993	2 de julio de 1993	25 de junio de 1993
		7 de junio de 1993	29 de mayo de 1993	14 de abril de 1993	25 de marzo de 1993	1 de marzo de 1993
		22 de febrero de 1993	4 de febrero de 1993	18 de diciem. de 1992	11 de noviem. de 1992	9 de junio de 1989
		7 de abril de 1989	21 de octubre de 1988	18 de julio de 1988	31 de marzo de 1988	25 de noviem. de 1987
		17 de septiem. de 1987	24 de julio de 1987	24 de junio de 1987	7 de marzo de 1987	21 de noviem. de 1986
		29 de octubre de 1986	11 de julio de 1986	9 de julio de 1986	7 de febrero de 1986	10 de diciem. de 1985
		18 de septiem. de 1985	12 de julio de 1985	18 de junio de 1985	21 de mayo de 1985	11 de mayo de 1984
		7 de mayo de 1984	10 de abril de 1984	23 de febrero de 1984	22 de febrero de 1984	11 de febrero de 1984
		21 de diciem. de 1983	25 de mayo de 1981	19 de diciem. de 1980	3 de junio de 1975	30 de septiem. de 1974
		14 de febrero de 1974	21 de noviem. de 1973	22 de diciem. de 1972	16 de diciem. de 1971	11 de agosto de 1971

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		25 de febrero de 1971	29 de noviem. de 1968	13 de febrero de 1966	3 de marzo de 1962	2 de junio de 1959
	D	18 de mayo de 2006	4 de abril de 2006	31 de marzo de 2006	18 de julio de 2005	19 de mayo de 1998
		7 de noviem. de 1995	23 de octubre de 1995	16 de julio de 1994	20 de enero de 1994	
Autoría	E	13 de junio de 2006	22 de septiem. de 2005	17 de abril de 2002	26 de marzo de 2001	4 de abril de 1997
		13 de julio de 1996	28 de abril de 1993	13 de abril de 1993	14 de abril de 1992	30 de mayo de 1991
		15 de junio de 1961				
Bien jurídico protegido: difusión	E	28 de diciem. de 2004	25 de junio de 2004	21 de junio de 2003	7 de noviem. de 2000	
Bien jurídico protegido: salud pública	E	25 de abril de 2005	24 de abril de 2005	12 de abril de 2005	11 de abril de 2005	28 de diciem. de 2004
		13 de octubre de 2004	6 de octubre de 2004	12 de marzo de 2004	28 de enero de 2004	23 de enero de 2004
		13 de octubre de 2003	4 de julio de 2003	2 de julio de 2003	18 de junio de 1988	2 de junio de 1988
		20 de enero de 1988	4 de febrero de 1987	10 de febrero de 1987	24 de noviem. de 1986	11 de julio de 1986
		25 de junio de 1986	18 de febrero de 1986	25 de enero de 1986	15 de noviem. de 1985	12 de junio de 1985
		16 de mayo de 1985	14 de mayo de 1985	25 de abril de 1985	15 de marzo de 1985	20 de febrero de 1985
		23 de enero de 1985	19 de enero de 1985	24 de diciem. de 1984	26 de noviem. de 1984	16 de noviem. de 1984
		30 de octubre de 1984	25 de octubre de 1984	11 de octubre de 1984	24 de septiem. de 1984	10 de julio de 1984
		18 de junio de 1984	1 de junio de 1984	10 de abril de 1984	28 de enero de 1984	26 de octubre de 1981
		10 de julio de 1983				
	D	13 de noviem. de 2003				

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Cantidad exigua (heroína)	E	29 de octubre de 2004	18 de febrero de 2004	31 de octubre de 2003	27 de julio de 2003	21 de julio de 2003
		26 de junio de 2003	20 de enero de 2003	18 de diciem. de 2002	15 de marzo de 2002	15 de febrero de 2002
Centro docente	E	24 de abril de 1992	3 de mayo de 1991			
Conducta típica	E	3 de enero de 2003	6 de octubre de 1998	5 de octubre de 1998		
	D	16 de diciem. de 2004				
Coautoría	E	3 de mayo de 2006	9 de julio de 1999	5 de octubre de 1998	10 de octubre de 1995	24 de junio de 1995
		22 de junio de 1995	16 de julio de 1995	15 de febrero de 1995	14 de febrero de 1995	3 de diciem. de 1994
		2 de diciem. de 1994	11 de noviem. de 1994	10 de noviem. de 1994	8 de noviem. de 1994	3 de octubre de 1994
		15 de julio de 1994	3 de mayo de 1994			
	D	5 de junio de 1989	5 de abril de 1989	15 de marzo de 1989	23 de febrero de 1989	16 de enero de 1989
		21 de noviem. de 1988	24 de septiem. de 1988	13 de julio de 1988	23 de junio de 1988	14 de mayo de 1988
		26 de abril de 1988	19 de abril de 1988	18 de abril de 1988	6 de abril de 1988	5 de octubre de 1987
		3 de julio de 1987	3 de marzo de 1987	4 de febrero de 1987	25 de septiem. de 1985	19 de abril de 1985
		21 de diciem. de 1984	14 de noviem. de 1984	5 de julio de 1984	1 de junio de 1984	31 de enero de 1984
Coautoría: pluralidad de intervinientes	E	27 de septiem. de 2002	5 de marzo de 2002	11 de abril de 2002	2 de enero de 2002	16 de mayo de 1994
		22 de julio de 1992	30 de octubre de 1990	1 de junio de 1990	17 de octubre de 1989	28 de diciem. de 1988
		24 de septiem. de 1988	15 de noviem. de 1985	25 de abril de 1985		
Comisión por omisión	E	1 de marzo de 2001	15 de abril de 1997			
Complicidad	E	6 de junio de 2005	23 de noviem. de 2004	6 de febrero de 2004	17 de marzo de 2003	24 de octubre de 2000

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		24 de julio de 2000	27 de abril de 1999	23 de abril de 1999	12 de febrero de 1998	16 de junio de 1995
		23 de diciem. de 1993	24 de marzo de 1993	30 de mayo de 1991	28 de enero de 1991	22 de noviem. de 1990
		9 de julio de 1987				
	D	18 de mayo de 2006	6 de junio de 2005			
Control carcelario (tentativa)	E	21 de noviem. de 2003	15 de julio de 1996	5 de noviem. de 1994	14 de diciem. de 1993	30 de noviem. de 1993
		6 de octubre de 1993	26 de febrero de 1993	18 de noviem. de 1992	20 de julio de 1992	13 de julio de 1992
		26 de marzo de 1992	30 de noviem. de 1989	10 de junio de 1989		
Concierto previo de voluntades	E	25 de febrero de 2003				
Contrabando: concurso de leyes	E	25 de enero de 2002	23 de octubre de 2000	30 de junio de 2000	14 de junio de 2000	5 de mayo de 2000
		17 de abril de 2000	5 de abril de 2000	22 de febrero de 2000	14 de febrero de 2000	21 de enero de 2000
		12 de enero de 2000	1 de octubre de 1999	25 de junio de 1999	17 de mayo de 1999	29 de enero de 1999
		7 de enero de 1999	10 de diciem. de 1998	7 de diciem. de 1998	2 de diciem. de 1998	26 de noviem. de 1998
		23 de noviem. de 1998	19 de noviem. de 1998	10 de diciem. de 1998	7 de diciem. de 1998	2 de diciem. de 1998
		26 de noviem. de 1998	23 de noviem. de 1998	19 de noviem. de 1998	17 de octubre de 1998	1 de octubre de 1998
		30 de septiem. de 1998	17 de septiem. de 1998	16 de septiem. de 1998	16 de julio de 1998	13 de julio de 1998
		26 de mayo de 1998	14 de mayo de 1998	13 de mayo de 1998	12 de mayo de 1998	8 de mayo de 1998
		5 de mayo de 1998	28 de abril de 1998	6 de abril de 1998	9 de marzo de 1998	7 de marzo de 1998
		6 de marzo de 1998	16 de febrero de 1998	22 de enero de 1998	1 de diciem. de 1997	24 de noviem. de 1997

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Continuidad delictiva						
Consumación (delito consumado)	E	1 de abril de 2005	25 de febrero de 2005	10 de febrero de 2005	10 de septiem. de 2004	5 de julio de 2004
		30 de marzo de 2004	12 de febrero de 2004	19 de febrero de 2003	20 de diciem. de 2002	24 de enero de 2002
		5 de octubre de 2001	1 de julio de 2001	2 de mayo de 2001	29 de enero de 2001	20 de enero de 2001
		19 de enero de 2001	15 de noviem. de 2000	19 de septiem. de 2000	13 de marzo de 2000	9 de febrero de 2000
		11 de noviem. de 1999	22 de octubre de 1999	21 de junio de 1999	3 de marzo de 1999	3 de febrero de 1999
		29 de octubre de 1998	15 de octubre de 1998	8 de julio de 1998	19 de abril de 1998	28 de noviem. de 1997
		21 de noviem. de 1997	10 de noviem. de 1997	4 de noviem. de 1997	13 de octubre de 1997	10 de octubre de 1997
		30 de julio de 1997	16 de julio de 1997	26 de junio de 1997	21 de junio de 1997	18 de junio de 1997
		8 de mayo de 1997	15 de abril de 1997	4 de abril de 1997	26 de marzo de 1997	2 de marzo de 1997
		27 de enero de 1997	16 de enero de 1997	18 de julio de 1996	23 de abril de 1996	20 de abril de 1996
		9 de febrero de 1996	1 de febrero de 1995	23 de diciem. de 1994	12 de septiem. de 1994	9 de julio de 1994
		9 de julio de 1994	30 de mayo de 1994	5 de mayo de 1994	23 de febrero de 1994	21 de febrero de 1994
		3 de febrero de 1994	24 de enero de 1994	7 de enero de 1994	23 de diciem. de 1993	3 de diciem. de 1993
		26 de noviem. de 1993	21 de octubre de 1993	27 de septiem. de 1993	29 de julio de 1993	8 de marzo de 1993
		15 de febrero de 1993	2 de noviem. de 1992	19 de diciem. de 1991	16 de octubre de 1991	27 de junio de 1991
		6 de marzo de 1990	27 de febrero de 1990	19 de abril de 1989	15 de marzo de 1989	15 de julio de 1988
		21 de junio de 1988	3 de enero de 1987	8 de marzo de 1985	25 de febrero de 1985	
	D	9 de febrero de 2005				

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Consumación-agotamiento delictivo (diferencia)	E	16 de julio de 1994 5 de noviem. de 1992	14 de mayo de 1993	17 de abril de 1993	15 de febrero de 1993	11 de noviem. de 1992
Consumación anticipada	E	25 de septiem. de 2001	28 de marzo de 1989	21 de marzo de 1989	20 de abril de 1988	6 de abril de 1988
		25 de enero de 1988	4 de diciem. de 1987	14 de mayo de 1988	18 de noviem. de 1987	3 de noviem. de 1987
		22 de abril de 1987	6 de abril de 1987	10 de febrero de 1987	3 de diciem. de 1986	9 de julio de 1986
		5 de junio de 1986	26 de mayo de 1986	26 de abril de 1986	16 de mayo de 1985	13 de mayo de 1985
		18 de marzo de 1985	1 de marzo de 1984	30 de septiem. de 1984	21 de noviem. de 1962	14 de octubre de 1985
Consumidor esporádico	E	14 de marzo de 2002	30 de diciem. de 2004	27 de abril de 2004	8 de noviem. de 2002	21 de octubre de 2002
		6 de marzo de 2001				
Consumidor traficante	E	7 de abril de 2000	20 de enero de 1998	16 de septiem. de 1997	8 de octubre de 1996	14 de febrero de 1996
		10 de octubre de 1991				
Consumo (legal)	E	3 de febrero de 2005	28 de octubre de 2004	26 de junio de 2004	5 de abril de 2004	3 de marzo de 2004
		13 de abril de 2003	7 de febrero de 2003	20 de enero de 2003	31 de octubre de 2002	22 de septiem. de 2000
		3 de abril de 2000	22 de marzo de 2000	13 de marzo de 2000	6 de marzo de 2000	28 de febrero de 2000
		14 de enero de 2000	14 de junio de 1997	22 de enero de 1997	8 de febrero de 1996	
Consumo compartido	E	27 de octubre de 2003	16 de octubre de 2003	1 de octubre de 2003	18 de septiem. de 2003	23 de julio de 2003
		17 de febrero de 2003	24 de julio de 2002	8 de marzo de 2002	14 de enero de 2000	29 de noviem. de 1999
		22 de diciem. de 1998	11 de marzo de 1998	15 de enero de 1998	16 de septiem. de 1997	8 de febrero de 1996
		25 de enero de 1996	25 de noviem. de 1995	25 de septiem. de 1995	3 de marzo de 1995	12 de septiem. de 1994

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		16 de julio de 1994	27 de mayo de 1994	9 de febrero de 1994	5 de febrero de 1994	21 de julio de 1993
Consumo compartido (requisitos)	E	23 de marzo de 2005	8 de marzo de 2004	13 de octubre de 2003		
	D	12 de noviem. de 2004	16 de junio de 2004	16 de julio de 2003	4 de diciem. de 2002	25 de noviem. de 2002
		9 de marzo de 2001	1 de febrero de 2000			
Convenios internacionales (vinculación judicial a)	E	26 de febrero de 1987	21 de marzo de 1986	3 de mayo de 1985	12 de diciem. de 1984	15 de noviem. de 1985
		22 de octubre de 1985	4 de febrero de 1985	22 de marzo de 1984	18 de diciem. de 1981	30 de septiem. de 1981
		8 de junio de 1981	11 de octubre de 1980	22 de junio de 1980	28 de mayo de 1978	1 de abril de 1977
		6 de marzo de 1976	1 de junio de 1975	23 de mayo de 1975	4 de abril de 1975	17 de marzo de 1975
		24 de septiem. de 1974	22 de febrero de 1974	14 de febrero de 1974	16 de octubre de 1973	
Convivencia	E	19 de julio de 2005	23 de noviem. de 2004	22 de noviem. de 2004	17 de mayo de 1996	
	D	22 de diciem. de 2003	22 de noviem. de 2003			
Cooperación necesaria	E	10 de abril de 2006	14 de abril de 2004	27 de febrero de 2004	13 de noviem. de 2003	6 de febrero de 1997
		9 de febrero de 1996	10 de octubre de 1995	20 de septiem. de 1995	18 de septiem. de 1995	14 de junio de 1995
		18 de julio de 1994	6 de noviem. de 1993	15 de marzo de 1993	10 de junio de 1992	25 de junio de 1986
Cualificación por el resultado	E	17 de noviem. de 1980	12 de diciem. de 1974			
Cultivo (actos de)	E	9 de diciem. de 2002	9 de mayo de 1994	29 de noviem. de 1993	22 de octubre de 1993	24 de septiem. de 1993
		11 de junio de 1993	1 de junio de 1993	20 de abril de 1993	14 de diciem. de 1992	26 de diciem. de 1988
		15 de noviem. de 1985	9 de julio de 1984	1 de junio de 1984	2 de octubre de 1984	

CONCEPTO	SENTENCIAS					
	D	17 de noviem. de 1997				
Delincuencia organizada	E	14 de enero de 1989	20 de octubre de 1988	5 de febrero de 1988	18 de septiem. de 1986	25 de septiem. de 1985
		15 de noviem. de 1984	22 de mayo de 1984			
Delito cortado por el resultado	E	1 de diciem. de 1997	8 de abril de 1996			
Delito de peligro abstracto	E	25 de marzo de 1993	4 de diciem. de 1987	2 de junio de 1987	25 de mayo de 1985	16 de mayo de 1985
		10 de mayo de 1985	8 de mayo de 1985	3 de mayo de 1985	20 de febrero de 1985	9 de julio de 1984
		20 de junio de 1984	22 de marzo de 1984	26 de enero de 1984	21 de octubre de 1983	13 de octubre de 1983
		3 de mayo de 1983	2 de diciem. de 1982	17 de junio de 1982	13 de noviem. de 1981	19 de junio de 1980
		17 de diciem. de 1979	17 de enero de 1977	12 de abril de 1976	11 de septiem. de 1975	8 de marzo de 1973
		8 de marzo de 1971	28 de enero de 1971			
Delito imposible	E	10 de diciem. de 1997	16 de diciem. de 1996	17 de marzo de 1994	12 de marzo de 1993	10 de marzo de 1993
		30 de enero de 1992	5 de diciem. de 1985	11 de octubre de 1983	24 de mayo de 1982	
Delito provocado	D	30 de octubre de 2003	19 de febrero de 2003	21 de enero de 1997	23 de marzo de 1995	3 de noviem. de 1993
		15 de febrero de 1992	26 de septiem. de 1990	15 de noviem. de 1989	9 de octubre de 1987	
Dependencia física (drogas que crean)	E	22 de diciem. de 2003	19 de diciem. de 2003	16 de diciem. de 1986	11 de noviem. de 1986	13 de octubre de 1986
		21 de marzo de 1986	8 de julio de 1985	20 de octubre de 1984		
Deshabitación (facilitación a personas sometidas)	E	12 de julio de 1999				

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Despacho de estupefacientes: sanción penal y administrativa	E	11 de febrero de 1927				
Despacho de morfina sin receta	E	25 de enero de 1929	11 de febrero de 1927			
Despacho de tóxicos sin autorización administrativa	E	9 de agosto de 1927	6 de octubre de 1926			
Despacho de tóxicos sin receta a persona conocida	E	18 de junio de 1936	31 de enero de 1929			
Detención de droga	E	3 de febrero de 1999				
Difusión	E	6 de octubre de 2004	20 de septiem. de 1996			
	D	9 de mayo de 1997				
Dolo	E	16 de septiem. de 2005	18 de julio de 2000	24 de mayo de 2000	18 de diciem. de 1997	15 de noviem. de 1997
		21 de abril de 1994	5 de abril de 1993			
Dominio funcional	E	20 de octubre de 1999	20 de diciem. de 1995			
Donación	E	3 de febrero de 2005	28 de junio de 2004	5 de abril de 2004	5 de diciem. de 2003	14 de abril de 2003
		13 de abril de 2003	20 de enero de 2003	18 de diciem. de 2002	23 de noviem. de 2002	26 de septiem. de 2000
		22 de septiem. de 2000	3 de abril de 2000	28 de febrero de 2000	14 de junio de 1997	22 de enero de 1997
		5 de febrero de 1996	3 de diciem. de 1993	14 de octubre de 1993	16 de septiem. de 1993	15 de julio de 1993
		29 de mayo de 1993	28 de junio de 1991			
	D	5 de diciem. de 2003	20 de noviem. de 2002	16 de julio de 2001	3 de febrero de 1997	18 de noviem. de 1996
		10 de noviem. de 1993	14 de octubre de 1993	13 de octubre de 1993	9 de septiem. de 1993	22 de julio de 1993

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		14 de julio de 1993	16 de julio de 1993	13 de julio de 1993	1 de julio de 1993	25 de febrero de 1993
		1 de octubre de 1992	19 de mayo de 1989	20 de octubre de 1988	30 de marzo de 1988	18 de enero de 1988
		15 de julio de 1987	13 de junio de 1987	4 de marzo de 1987	24 de noviem. de 1986	5 de noviem. de 1986
		18 de marzo de 1980				
Donación (por motivos altruistas o piadosos)	E	3 de febrero de 2005	28 de junio de 2004	18 de septiem. de 2003	20 de enero de 2003	15 de noviem. de 2002
		29 de junio de 2002	16 de septiem. de 1997	14 de junio de 1997	22 de enero de 1998	2 de noviem. de 1997
		14 de julio de 1997	14 de junio de 1997	21 de enero de 1997	23 de diciem. de 1995	12 de septiem. de 1994
		8 de abril de 1994	9 de febrero de 1994	16 de febrero de 1994	3 de junio de 1993	14 de abril de 1993
		22 de febrero de 1993	16 de septiem. de 1993	6 de octubre de 1993	21 de marzo de 1992	17 de enero de 1992
	D	15 de noviem. de 2002	16 de julio de 2001	2 de noviem. de 1997	14 de julio de 1997	4 de julio de 1997
		18 de mayo de 1997	20 de septiem. de 1996	23 de diciem. de 1995	2 de noviem. de 1995	30 de octubre de 1990
Donación (pequeña cantidad de droga)	E	3 de febrero de 2005	18 de septiem. de 2003	28 de octubre de 1996	25 de febrero de 1996	12 de septiem. de 1994
		17 de junio de 1994	6 de octubre de 1993	16 de septiem. de 1993	6 de junio de 1993	18 de diciem. de 1992
		2 de noviem. de 1992	21 de marzo de 1992	17 de enero de 1992	25 de junio de 1991	
	D	21 de octubre de 2002				
Dosis de abuso habitual	E	26 de junio de 2003	21 de junio de 2003	20 de junio de 2003	13 de junio de 2003	26 de junio de 2003
		21 de junio de 2003	20 de junio de 2003	13 de junio de 2003	1 de junio de 2002	
Dosis mínima psicoactiva (definición)	E	19 de enero de 2004	22 de enero de 1997	26 de septiem. de 1995	18 de abril de 1995	14 de febrero de 1995

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Dosis mínima psicoactiva	E	25 de octubre de 2005	6 de octubre de 2005	26 de septiem. de 2005	4 de marzo de 2005	24 de febrero de 2005
		13 de febrero de 2005	3 de febrero de 2005	17 de enero de 2005	2 de diciem. de 2004	29 de noviem. de 2004
		16 de noviem. de 2004	29 de octubre de 2004	25 de octubre de 2004	25 de junio de 2004	10 de mayo de 2004
		7 de mayo de 2004	21 de abril de 2004	30 de marzo de 2004	12 de marzo de 2004	8 de marzo de 2004
		27 de febrero de 2004	20 de febrero de 2004	29 de diciem. de 2003	31 de octubre de 2003	22 de octubre de 2003
		22 de septiem. de 2003	12 de septiem. de 2003	12 de septiem. de 1994	16 de septiem. de 1993	
	D	13 de febrero de 2004				
Drogueros (conducta punible)	E	30 de junio de 1905	12 de noviem. de 1889			
Elaboración (actos de)	E	13 de mayo de 1996				
Encubrimiento	E	11 de febrero de 2005	28 de noviem. de 1996	13 de mayo de 1996		
Encubrimiento entre parientes	D	24 de junio de 2004				
Entrega no lucrativa	E	10 de abril de 2004				
Envío de droga	E	15 de marzo de 2005	4 de marzo de 2005	2 de diciem. de 2003	21 de mayo de 2001	8 de mayo de 2001
		16 de octubre de 2000	25 de septiem. de 2000			
Envío postal: apertura de paquetes	E	28 de abril de 2005	5 de diciem. de 2001	4 de marzo de 1997		
Establecimiento penitenciario	E	22 de enero de 2003	29 de enero de 2001	6 de octubre de 2000	28 de diciem. de 2000	26 de junio de 2000
		6 de octubre de 1999	5 de marzo de 1999	6 de abril de 1998	7 de marzo de 1997	3 de febrero de 1997
		15 de noviem. de 1996	16 de febrero de 1996	16 de enero de 1996	28 de noviem. de 1994	28 de marzo de 1994

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		6 de octubre de 1993	18 de diciem. de 1992	2 de junio de 1992	4 de diciem. de 1991	27 de febrero de 1991
	D	13 de noviem. de 1995	25 de abril de 1994	9 de diciem. de 1992	15 de abril de 1992	
Establecimiento penitenciario: registro de celdas	E	29 de mayo de 2003	24 de noviem. de 1995			
Establecimiento público	E	10 de abril de 2006	29 de junio de 2005	9 de junio de 2005	16 de mayo de 2005	30 de marzo de 2004
		16 de octubre de 2003	30 de septiem. de 2003	21 de julio de 2003	5 de febrero de 2002	16 de enero de 2002
		30 de abril de 2001	10 de febrero de 2000	15 de diciem. de 1999	25 de mayo de 1998	11 de mayo de 1998
		19 de diciem. de 1997	1 de marzo de 1997	20 de febrero de 1997		
	D	13 de septiem. de 2004	23 de octubre de 2001			
Error	E	6 de julio de 2005	4 de noviem. de 2003	17 de abril de 1995	28 de marzo de 1994	
	D	28 de diciem. de 2004				
Error de tipo	E	28 de marzo de 1994				
Error de prohibición	E	10 de febrero de 2005	27 de febrero de 2003	30 de marzo de 1998	24 de enero de 1998	21 de noviem. de 1995
Eximente incompleta	E	6 de febrero de 2001				
Extrema gravedad	E	28 de julio de 2001	1 de marzo de 2001	29 de enero de 2001	16 de diciem. de 1999	20 de marzo de 1999
		16 de octubre de 1998	4 de febrero de 1998	6 de junio de 1997	7 de diciem. de 1996	29 de diciem. de 1995
		11 de diciem. de 1995	29 de septiem. de 1995	19 de junio de 1995		
Extrema gravedad: admisible por cantidad	E	12 de septiem. de 2005	16 de julio de 2001	16 de julio de 2001	10 de julio de 2001	24 de octubre de 2000
		7 de julio de 2000	22 de mayo de 2000	29 de febrero de 2000	16 de febrero de 2000	

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Extrema gravedad: interpretación restrictiva	E	10 de octubre de 2002	30 de junio de 2000	6 de junio de 1997	29 de diciem. de 1995	19 de junio de 1995
		14 de marzo de 1995	17 de junio de 1993			
Extrema gravedad: cantidad de droga requisito no suficiente	E	25 de octubre de 1998	16 de octubre de 1998	19 de junio de 1998	14 de marzo de 1998	29 de diciem. de 1995
		11 de diciem. de 1995	25 de octubre de 1995	19 de junio de 1995	14 de marzo de 1995	30 de noviem. de 1994
		21 de abril de 1994	17 de julio de 1993			
Farmacéutico no recoge la receta	E	6 de abril de 1927				
Farmacia abierta sin autorización (homicidio)	E	29 de noviem. de 1929	13 de diciem. de 1901			
Favorecer al favorecedor	E	11 de octubre de 2003	3 de octubre de 2003			
Formas imperfectas de participación	D	4 de diciem. de 1991	5 de junio de 1989	21 de marzo de 1989	8 de febrero de 1989	23 de junio de 1988
		14 de mayo de 1988	13 de octubre de 1987	18 de noviem. de 1987	10 de julio de 1987	2 de junio de 1987
		6 de abril de 1987	10 de febrero de 1987	9 de diciem. de 1986	11 de julio de 1986	24 de abril de 1986
		29 de junio de 1985	8 de mayo de 1985	21 de marzo de 1985	18 de marzo de 1985	7 de noviem. de 1988
		12 de marzo de 1985	20 de febrero de 1985	16 de noviem. de 1984	25 de octubre de 1984	24 de mayo de 1984
		10 de mayo de 1980	22 de octubre de 1978	22 de octubre de 1976	1 de junio de 1976	30 de junio de 1975
Formas de participación de difícil diferenciación	E	28 de junio de 2002	29 de enero de 2001	19 de enero de 1995	26 de octubre de 1987	
Grave daño a la salud (defunc.)	E	23 de marzo de 1998				
Hiperagravación	E	15 de octubre de 2005	17 de septiem. de 1999	10 de septiem. de 1999		

CONCEPTO	SENTENCIAS					
	D	15 de octubre de 2005	8 de marzo de 2005	11 de febrero de 2003	10 de octubre de 2002	8 de junio de 2001
Hiperagravación: organización o asociación	E	10 de octubre de 2002	14 de octubre de 2001	17 de octubre de 1998	24 de septiem. de 1985	
Hiperagravación: utilización de menores de 18 años.	E	28 de octubre de 1999	18 de mayo de 1999			
Importación	E	18 de julio de 2005	7 de abril de 2003	1 de abril de 1998	11 de julio de 1997	23 de enero de 1993
Imprudencia	D	16 de agosto de 1902	13 de diciem. de 1901			
Inductor	E	31 de octubre de 1996				
Intermediación en el tráfico	E	26 de enero de 1989	15 de julio de 1988	15 de junio de 1988	18 de abril de 1988	26 de octubre de 1987
		25 de diciem. de 1987	15 de septiem. de 1987	28 de mayo de 1987	10 de febrero de 1987	3 de marzo de 1987
		24 de noviem. de 1986	18 de septiem. de 1985	14 de mayo de 1985	8 de marzo de 1985	15 de febrero de 1985
		27 de marzo de 1984	8 de febrero de 1984	26 de enero de 1982		
	D	19 de junio de 1963				
Invitación gratuita	E	12 de septiem. de 1994	5 de febrero de 1994			
Menor de edad-disminuido psíquico	E	28 de febrero de 2005	27 de mayo de 2003	28 de junio de 2002	18 de mayo de 1997	26 de diciem. de 1996
		28 de septiem. de 1993	28 de mayo de 1993	5 de abril de 1993	7 de abril de 1988	
	D	21 de diciem. de 2003	15 de noviem. de 1997	2 de mayo de 1994	21 de abril de 1994	
Menudeo	E	30 de marzo de 2006	27 de abril de 2004	17 de junio de 2002	15 de junio de 2002	14 de abril de 2002
		7 de abril de 2000				

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Multa	E	3 de diciem. de 2004	23 de noviem. de 2004	17 de mayo de 1996		
Multa: ganancia obtenida	E	25 de mayo de 2002				
Multa proporcional	E	04 de mayo de 2005	25 de octubre de 2004	30 de enero de 2004	16 de enero de 2002	
Naturaleza jca. del delito	E	15 de julio de 2005	10 de junio de 2005	12 de julio de 2004	8 de octubre de 2003	
Naturaleza jca. del delito (mera actividad)	E	12 de abril de 2006	3 de febrero de 1997			
No intervención delictiva del cónyuge	E	8 de julio de 1999	18 de mayo de 1999			
Notoria importancia	E	28 de noviem. de 2001	23 de noviem. de 2001	31 de mayo de 2001	24 de enero de 2001	19 de julio de 2000
		24 de junio de 2000	27 de abril de 2000	18 de abril de 2000	4 de diciem. de 1999	4 de junio de 1998
Notoria importancia (análisis de riqueza)	E	20 de septiem. de 2004	26 de marzo de 2004	30 de junio de 1995	23 de mayo de 1994	30 de marzo de 1992
Notoria importancia: anfetamina (-90 gr) no apreciable agravación	E	22 de julio de 2002				
Notoria importancia: cocaína (+750 gr)	E	3 de junio de 2004	15 de abril de 2003	7 de noviem. de 2003	14 de noviem. de 2003	10 de febrero de 2003
		20 de diciem. de 2002	21 de octubre de 2002	28 de junio de 2002		
Notoria importancia: cocaína (-750 gr) no apreciable agravación	E	14 de febrero de 2003	30 de enero de 2003	29 de diciem. de 2002	19 de diciem. de 2002	5 de diciem. de 2002
		11 de octubre de 2002	9 de octubre de 2002	2 de octubre de 2002	19 de septiem. de 2002	13 de septiem. de 2002
		10 de septiem. de 2002	19 de julio de 2002	17 de julio de 2002	1 de julio de 2002	9 de julio de 2002

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		8 de julio de 2002	4 de julio de 2002	2 de julio de 2002	28 de junio de 2002	27 de junio de 2002
		25 de junio de 2002	21 de junio de 2002	19 de junio de 2002	7 de junio de 2002	30 de mayo de 2002
		27 de mayo de 2002	17 de abril de 2002	23 de noviem. de 2001	19 de noviem. de 2001	14 de noviem. de 2001
		12 de noviem. de 2001	10 de noviem. de 2001	6 de noviem. de 2001	31 de octubre de 2001	26 de octubre de 2001
		23 de octubre de 2001				
Notoria importancia: hachís (+2.500 gr)	E	14 de septiem. de 2002	14 de junio de 2002			
Notoria importancia: hachís (-2.500 gr) no apreciable agravación	E	12 de junio de 2002	11 de marzo de 2002			
Notoria importancia: heroína (+240 gr)	E	19 de febrero de 2003	25 de enero de 2003	3 de diciem. de 2002	29 de noviem. de 2002	21 de noviem. de 2002
		18 de noviem. de 2002				
Notoria importancia: heroína (-300 gr) no apreciable agravación	E	8 de noviem. de 2002	18 de octubre de 2002	30 de septiem. de 2002		
Objeto material (principio activo registrado)	E	13 de febrero de 2004	5 de marzo de 2003	10 de febrero de 2003	31 de enero de 2003	
Objeto típico: definición	E	7 de marzo de 2005	17 de enero de 2005	21 de diciem. de 2004	24 de mayo de 2004	21 de mayo de 2004
		6 de mayo de 2004	2 de julio de 2003	11 de marzo de 1998	11 de septiem. de 1996	16 de septiem. de 1992
		27 de diciem. de 1990	11 de noviem. de 1986	12 de diciem. de 1984	23 de febrero de 1984	
Objeto típico: anfetaminas	E	25 de abril de 2005	13 de abril de 2005	20 de septiem. de 2004	4 de diciem. de 2003	3 de junio de 2002
		23 de abril de 2002	29 de septiem. de 2000	3 de diciem. de 1999	23 de julio de 1999	11 de marzo de 1998

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		29 de septiem. de 1997	1 de julio de 1997	16 de abril de 1997	19 de octubre de 1996	20 de abril de 1996
		8 de julio de 1985				
Objeto típico: cannabis	E	11 de septiem. de 1996				
Objeto típico: cocaína	E	16 de mayo de 2005	29 de abril de 2005	25 de abril de 2005	18 de abril de 2005	13 de abril de 2005
		31 de marzo de 2005	9 de febrero de 2005	8 de febrero de 2005	4 de febrero de 2005	27 de enero de 2005
		12 de noviem. de 2004	5 de octubre de 2004	5 de octubre de 2004	20 de septiem. de 2004	5 de julio de 2004
		5 de junio de 2004	15 de marzo de 2004	24 de febrero de 2004	19 de diciem. de 2003	4 de diciem. de 2003
		2 de diciem. de 2003	11 de noviem. de 2003	7 de noviem. de 2003	5 de noviem. de 2003	29 de septiem. de 2003
		19 de septiem. de 2003	16 de junio de 2003	15 de marzo de 2003	3 de junio de 2002	23 de abril de 2002
		29 de septiem. de 2000	6 de marzo de 2000	15 de mayo de 1989	28 de marzo de 1989	7 de julio de 1988
		1 de enero de 1988	3 de enero de 1988	21 de marzo de 1985	15 de noviem. de 1984	25 de octubre de 1984
		23 de marzo de 1984	11 de noviem. de 1983	25 de octubre de 1983		
Objeto típico: crack	E	19 de enero de 2002				
Objeto típico: éxtasis	E	1 de abril de 2005	8 de diciem. de 2003	14 de octubre de 2003	18 de marzo de 1997	22 de diciem. de 1995
		7 de julio de 1995				
Objeto típico: hachís	E	22 de febrero de 1988	29 de enero de 1988	21 de noviem. de 1986	25 de octubre de 1986	29 de mayo de 1986
		29 de noviem. de 1985	11 de noviem. de 1985	7 de noviem. de 1985	20 de junio de 1985	25 de abril de 1985
		23 de marzo de 1985	12 de marzo de 1985	21 de febrero de 1985	17 de octubre de 1984	11 de octubre de 1985
		29 de mayo de 1984	5 de mayo de 1984	9 de febrero de 1984	18 de enero de 1984	6 de marzo de 1976

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		17 de marzo de 1975	24 de septiem. de 1974	22 de febrero de 1974	14 de febrero de 1974	16 de octubre de 1973
Objeto típico: heroína	E	29 de abril de 2005	25 de abril de 2005	24 de febrero de 2005	9 de febrero de 2005	8 de febrero de 2005
		4 de febrero de 2005	27 de enero de 2005	5 de julio de 2004	25 de junio de 2004	24 de junio de 2004
		17 de junio de 2004	5 de abril de 2004	15 de marzo de 2004	27 de febrero de 2004	20 de febrero de 2004
		18 de febrero de 2004	23 de enero de 2004	22 de diciem. de 2003	22 de noviem. de 2003	17 de noviem. de 2003
		31 de octubre de 2003	15 de octubre de 2003	7 de octubre de 2003	19 de septiem. de 2003	26 de junio de 2003
		25 de junio de 2003	24 de junio de 2003	16 de junio de 2003	30 de mayo de 2003	27 de mayo de 2003
		2 de abril de 2003	13 de enero de 2003	5 de febrero de 2002	11 de enero de 2002	21 de diciem. de 2001
		12 de diciem. de 2001	19 de enero de 2001	5 de diciem. de 2000	17 de noviem. de 2000	14 de noviem. de 2000
		19 de julio de 2000	7 de marzo de 2000	18 de febrero de 2000	26 de abril de 1999	28 de noviem. de 1997
		27 de noviem. de 1997	10 de julio de 1997	10 de abril de 1997	10 de abril de 1996	15 de diciem. de 1995
		14 de diciem. de 1995	25 de marzo de 1995	17 de marzo de 1994	17 de diciem. de 1993	23 de marzo de 1993
		10 de diciem. de 1990	28 de septiem. de 1988	25 de octubre de 1987	11 de julio de 1986	17 de enero de 1986
		25 de octubre de 1985	11 de junio de 1985	21 de marzo de 1985	13 de julio de 1984	17 de marzo de 1984
		5 de marzo de 1984	24 de febrero de 1984	23 de febrero de 1984	26 de diciem. de 1983	15 de octubre de 1983
		20 de octubre de 1983				
Objeto típico: LSD (ácido lisérgico)	E	21 de marzo de 2005	19 de febrero de 2003	6 de marzo de 2000	4 de febrero de 1999	10 de diciem. de 1998
		17 de mayo de 1996	8 de febrero de 1993	28 de septiem. de 1992	30 de marzo de 1992	31 de marzo de 1990

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		21 de septiem. de 1988	15 de junio de 1988	4 de marzo de 1988	15 de febrero de 1988	20 de diciem. de 1986
		5 de octubre de 1986	20 de junio de 1984	1 de junio de 1984	29 de mayo de 1984	11 de mayo de 1984
		8 de febrero de 1984	20 de diciem. de 1983	5 de octubre de 1983		
Objeto típico: MDA, MDMA, EVA	E	8 de abril de 2005	5 de abril de 2005	1 de abril de 2005	5 de julio de 2004	18 de junio de 2004
		8 de diciem. de 2003	14 de octubre de 2003	8 de febrero de 2003	19 de febrero de 2003	7 de febrero de 2003
		19 de febrero de 2001	26 de septiem. de 2000	10 de julio de 2000	1 de julio de 2000	28 de marzo de 2000
		6 de marzo de 2000	20 de julio de 1999	15 de julio de 1999	14 de junio de 1999	27 de enero de 1999
		1 de julio de 1998	25 de marzo de 1998	11 de marzo de 1998	3 de febrero de 1998	2 de diciem. de 1997
		14 de noviem. de 1997	22 de febrero de 1997	17 de febrero de 1997	22 de diciem. de 1995	9 de diciem. de 1994
		27 de septiem. de 1994	1 de junio de 1994	24 de enero de 1994		
Objeto típico: metadona	E	30 de enero de 2004	12 de julio de 1997	30 de junio de 1997		
Objeto típico: morfina	E	11 de octubre de 1997	23 de septiem. de 1997			
Objeto típico: Rohipnol	E	22 de junio de 2002	10 de julio de 2001	1 de febrero de 2001	17 de septiem. de 1999	10 de septiem. de 1999
		25 de febrero de 1999				
	D	20 de junio de 1997	16 de julio de 1993	20 de septiem. de 1994		
Objeto típico: speed	E	21 de marzo de 2005	5 de julio de 2004	8 de octubre de 2003	21 de mayo de 1993	8 de febrero de 1993
Objeto típico: trankimazin	E	10 de octubre de 2001	10 de julio de 2001	1 de febrero de 2001	27 de septiem. de 2000	16 de mayo de 2000
Ocultación de droga	E	6 de julio de 2005	11 de mayo de 1999	4 de marzo de 2003	12 de febrero de 2001	6 de febrero de 2001
		19 de septiem. de 2000				

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Organización	E	12 de septiem. de 2003	25 de mayo de 2003	7 de noviem. de 2002	10 de junio de 1999	28 de enero de 1999
		16 de octubre de 1998	6 de abril de 1998	18 de noviem. de 1996	12 de noviem. de 1996	18 de diciem. de 1995
		18 de septiem. de 1995	24 de junio de 1995	14 de febrero de 1995	3 de mayo de 1994	1 de diciem. de 1992
		14 de mayo de 1991	8 de febrero de 1991	20 de octubre de 1988	15 de noviem. de 1984	
Organización: creación para finalidad específica	E	10 de marzo de 2000	25 de mayo de 1997			
Organización: no agravación por participación esporádica	E	7 de diciem. de 2004	20 de mayo de 2004	23 de diciem. de 2003	31 de octubre de 2003	11 de octubre de 2001
		24 de julio de 2001	7 de marzo de 1998	21 de mayo de 1997	20 de marzo de 1996	5 de mayo de 1993
Organización: Notas caracterizadoras	E	23 de junio de 2005	22 de marzo de 2005	15 de diciem. de 2004	22 de octubre de 2004	20 de mayo de 2004
		17 de octubre de 2003	7 de enero de 2003	12 de septiem. de 2003	14 de octubre de 2002	12 de septiem. de 2002
		20 de noviem. de 2001	16 de julio de 2001	12 de junio de 2001	23 de mayo de 2001	26 de marzo de 2001
		28 de noviem. de 2000	3 de noviem. de 2000	28 de junio de 2000	21 de febrero de 2000	20 de febrero de 1999
		16 de octubre de 1998	1 de julio de 1998	6 de abril de 1998	4 de febrero de 1998	24 de noviem. de 1997
		23 de mayo de 1997	13 de octubre de 1997	21 de diciem. de 1996	4 de junio de 1996	16 de abril de 1996
		18 de abril de 1991	6 de julio de 1990	20 de octubre de 1988	16 de febrero de 1988	5 de febrero de 1988
		25 de septiem. de 1985	20 de septiem. de 1995			
Organización: no concurrencia de los requisitos	E	22 de mayo de 2006	12 de abril de 2006	8 de julio de 2004	12 de marzo de 2004	8 de marzo de 2004
		25 de febrero de 1997	21 de septiem. de 1995	19 de enero de 1995		

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Organización (peones de la)	D	6 de julio de 2005	30 de junio de 2000	19 de junio de 1995		
Participación en otras actividades delictivas	E	28 de octubre de 2005				
Peligro abstracto	E	12 de julio de 2004	24 de junio de 2004	8 de marzo de 2004		
Permuta (de droga)	E	30 de junio de 1995				
Principio de insignificancia	E	18 de junio de 2005	3 de junio de 2005	29 de mayo de 2005	17 de marzo de 2005	15 de marzo de 2005
		10 de marzo de 2005	17 de febrero de 2005	16 de febrero de 2005	7 de febrero de 2005	21 de diciem. de 2004
		13 de diciem. de 2004	10 de diciem. de 2004	2 de diciem. de 2004	7 de octubre de 2004	24 de septiem. de 2004
		12 de julio de 2004	5 de julio de 2004	25 de junio de 2004	28 de mayo de 2004	29 de abril de 2004
		1 de abril de 2004	6 de marzo de 2004	27 de febrero de 2004	26 de febrero de 2004	20 de febrero de 2004
		13 de febrero de 2004	28 de enero de 2004	30 de diciem. de 2003	14 de noviem. de 2003	5 de noviem. de 2003
		31 de octubre de 2003	27 de octubre de 2003	29 de septiem. de 2003	21 de julio de 2003	17 de julio de 2003
		4 de julio de 2003	26 de junio de 2003	20 de junio de 2003	21 de mayo de 2003	20 de mayo de 2003
		26 de febrero de 2003	22 de enero de 2003	22 de noviem. de 2002	27 de octubre de 2002	30 de septiem. de 2002
		26 de septiem. de 2002	15 de marzo de 2002	8 de marzo de 2002	16 de julio de 2001	9 de julio de 2001
		12 de diciem. de 2000	14 de mayo de 1999	20 de abril de 1998	15 de abril de 1998	22 de enero de 1997
		26 de septiem. de 1995	18 de abril de 1995	14 de febrero de 1995		
	D	22 de julio de 2005	7 de julio de 2005	1 de julio de 2005	17 de junio de 2005	13 de diciem. de 2004
		25 de junio de 2004	13 de octubre de 2003	11 de octubre de 2003	3 de octubre de 2003	29 de septiem. de 2003

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		21 de julio de 2003	21 de junio de 2003	31 de enero de 2003	20 de julio de 1999	28 de octubre de 1996
		5 de noviem. de 1988				
Principio de <i>in dubio pro reo</i>	E	21 de septiem. de 2005	26 de mayo de 2005	3 de diciem. de 2004	28 de octubre de 2004	25 de octubre de 2004
		20 de octubre de 2004				
Promoción, favorecimiento, facilitación	E	9 de mayo de 2005	9 de febrero de 2005	13 de abril de 2004	27 de marzo de 2004	26 de febrero de 2004
		3 de julio de 2002	26 de mayo de 2000	24 de abril de 1996		
Prueba indiciaria	E	24 de abril de 2006	21 de enero de 1988	21 de noviem. de 1986	21 de noviem. de 1986	11 de julio de 1986
		20 de noviem. de 1985	27 de mayo de 1985	26 de junio de 1985	18 de junio de 1985	21 de mayo de 1985
		20 de mayo de 1985	14 de mayo de 1985	13 de mayo de 1985	8 de mayo de 1985	3 de mayo de 1985
		19 de enero de 1985	13 de noviem. de 1984	11 de octubre de 1984	24 de septiem. de 1984	25 de junio de 1984
		10 de abril de 1984	20 de marzo de 1984	12 de marzo de 1984	5 de marzo de 1984	9 de febrero de 1984
		31 de enero de 1984	24 de enero de 1984	18 de enero de 1984	2 de enero de 1984	29 de octubre de 1983
		13 de octubre de 1983	8 de marzo de 1983	2 de marzo de 1983	21 de diciem. de 1983	8 de febrero de 1983
		30 de junio de 1982	25 de junio de 1982	9 de junio de 1982	22 de marzo de 1982	15 de marzo de 1982
		13 de abril de 1981	20 de noviem. de 1980	25 de enero de 1980	31 de octubre de 1973	16 de octubre de 1973
Posesión abstracta (impune)	E	28 de diciem. de 2004	24 de julio de 2004	21 de mayo de 2003	20 de febrero de 1995	17 de noviem. de 1986
Posesión autorizada	E	7 de diciem. de 2003	4 de mayo de 1998	28 de abril de 1995	31 de octubre de 1973	
Posesión mediata	E	12 de febrero de 2004	16 de septiem. de 1999	5 de abril de 1999	22 de diciem. de 1993	

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Posesión (tenencia) preordenada para el tráfico	E	28 de abril de 2006	17 de octubre de 2005	10 de octubre de 2005	28 de septiem. de 2005	20 de septiem. de 2005
		19 de julio de 2005	18 de julio de 2005	11 de julio de 2005	8 de julio de 2005	1 de julio de 2005
		28 de junio de 2005	27 de junio de 2005	27 de mayo de 2005	12 de mayo de 2005	16 de mayo de 2005
		9 de mayo de 2005	4 de mayo de 2005	29 de abril de 2005	28 de abril de 2005	22 de abril de 2005
		11 de abril de 2005	11 de abril de 2005	8 de abril de 2005	7 de abril de 2005	28 de marzo de 2005
		23 de febrero de 2005	30 de diciem. de 2004	18 de diciem. de 2004	16 de diciem. de 2004	16 de noviem. de 2004
		11 de noviem. de 2004	4 de noviem. de 2004	27 de octubre de 2004	11 de octubre de 2004	24 de septiem. de 2004
		18 de junio de 2004	21 de mayo de 2004	6 de mayo de 2004	21 de abril de 2004	30 de marzo de 2004
		26 de febrero de 2004	15 de octubre de 2003	10 de octubre de 2003	8 de octubre de 2003	11 de septiem. de 2003
		25 de julio de 2003	18 de junio de 2003	22 de mayo de 2003	20 de mayo de 2003	9 de abril de 2003
		5 de julio de 2002	19 de abril de 2002	27 de febrero de 2002	28 de septiem. de 2000	8 de julio de 2000
		26 de abril de 2000	7 de marzo de 2000	10 de diciem. de 1998	8 de mayo de 1997	17 de abril de 1997
		12 de marzo de 1997	31 de diciem. de 1996	27 de septiem. de 1996	10 de julio de 1996	14 de diciem. de 1994
		9 de diciem. de 1994	25 de octubre de 1994	2 de junio de 1994	18 de febrero de 1994	14 de febrero de 1994
		27 de diciem. de 1993	3 de diciem. de 1993	5 de octubre de 1993	30 de septiem. de 1993	21 de julio de 1993
		20 de julio de 1993	8 de junio de 1993	31 de mayo de 1993	25 de marzo de 1993	9 de marzo de 1993
		1 de marzo de 1993	29 de enero de 1993	28 de enero de 1993	14 de diciem. de 1992	15 de octubre de 1992
		17 de julio de 1992	6 de abril de 1992	6 de marzo de 1992	31 de enero de 1992	9 de junio de 1989
		6 de junio de 1989	26 de mayo de 1989	18 de mayo de 1989	15 de mayo de 1989	4 de mayo de 1989

CONCEPTO	SENTENCIAS				
	3 de mayo de 1989	20 de abril de 1989	19 de abril de 1989	18 de abril de 1989	17 de abril de 1989
	10 de abril de 1989	3 de abril de 1989	21 de marzo de 1989	10 de marzo de 1989	20 de febrero de 1989
	10 de febrero de 1989	9 de febrero de 1989	3 de febrero de 1989	19 de octubre de 1988	7 de noviem. de 1988
	4 de noviem. de 1988	29 de octubre de 1988	17 de octubre de 1988	5 de octubre de 1988	30 de septiem. de 1988
	16 de septiem. de 1988	25 de julio de 1988	21 de julio de 1988	18 de julio de 1988	15 de julio de 1988
	14 de julio de 1988	9 de mayo de 1988	21 de marzo de 1988	20 de marzo de 1988	15 de marzo de 1988
	4 de marzo de 1988	23 de febrero de 1988	19 de febrero de 1988	16 de febrero de 1988	30 de enero de 1988
	20 de enero de 1988	28 de noviem. de 1987	18 de noviem. de 1987	22 de octubre de 1987	8 de octubre de 1987
	23 de septiem. de 1987	11 de septiem. de 1987	24 de julio de 1987	22 de julio de 1987	20 de julio de 1987
	15 de julio de 1987	30 de junio de 1987	24 de junio de 1987	13 de junio de 1987	7 de marzo de 1987
	4 de marzo de 1987	30 de enero de 1987	21 de noviem. de 1986	5 de noviem. de 1986	11 de julio de 1986
	9 de julio de 1986	12 de junio de 1986	24 de marzo de 1986	14 de marzo de 1986	10 de febrero de 1986
	7 de febrero de 1986	15 de enero de 1986	10 de diciem. de 1985	6 de diciem. de 1985	10 de julio de 1985
	18 de junio de 1985	17 de mayo de 1985	10 de mayo de 1985	24 de diciem. de 1984	6 de diciem. de 1984
	13 de noviem. de 1984	30 de octubre de 1984	12 de julio de 1984	3 de abril de 1984	16 de marzo de 1984
	13 de marzo de 1984	12 de marzo de 1984	24 de febrero de 1984	23 de febrero de 1984	22 de febrero de 1984
	31 de enero de 1984	24 de enero de 1984	17 de enero de 1984	26 de septiem. de 1983	25 de mayo de 1981
	30 de septiem. de 1974				
D	11 de octubre de 2005	5 de octubre de 2002			

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Proceso químico: cannabis	E	31 de octubre de 2003				
	D	22 de mayo de 2000				
Promover, favorecer, facilitar	E	12 de julio de 2004	7 de octubre de 1999	2 de julio de 1993	21 de marzo de 1989	30 de marzo de 1988
		18 de enero de 1988	26 de noviem. de 1987	15 de julio de 1987	13 de junio de 1987	17 de diciem. de 1986
		24 de noviem. de 1986	5 de noviem. de 1986	11 de noviem. de 1986	5 de noviem. de 1986	11 de julio de 1986
		6 de junio de 1986	18 de febrero de 1986	20 de noviem. de 1985	11 de noviem. de 1985	7 de noviem. de 1985
		3 de octubre de 1985	24 de septiem. de 1985	26 de junio de 1985	20 de junio de 1985	18 de junio de 1985
		18 de marzo de 1985	15 de marzo de 1985	13 de mayo de 1985	10 de mayo de 1985	8 de mayo de 1985
		21 de marzo de 1985	15 de marzo de 1985	19 de enero de 1985	13 de noviem. de 1984	20 de junio de 1984
		10 de abril de 1984	26 de marzo de 1982	8 de febrero de 1984	26 de octubre de 1981	27 de junio de 1981
		26 de junio de 1981	6 de abril de 1981	17 de diciem. de 1980	17 de enero de 1977	3 de diciem. de 1.963
		13 de noviem. de 1963	19 de septiem. de 1963			
	D	16 de diciem. de 1959				
Prueba indirecta	E	18 de julio de 2005	11 de abril de 2005	28 de marzo de 2005	21 de mayo de 2004	6 de mayo de 2004
		21 de abril de 2004	30 de marzo de 2004			
Prueba pericial: no acreditación de sustancia	D	7 de marzo de 2004				
Prueba pericial: no aportación de informe	D	16 de abril de 2003	27 de marzo de 2003	4 de febrero de 2003		
Prueba pericial: falta de composición sustancia en informe	D	20 de mayo de 2005	19 de noviem. de 2004			

CONCEPTO	SENTENCIAS					
Prueba pericial: no conversión droga dura en blanda	E	22 de febrero de 2005				
Prueba pericial: grado pureza	E	27 de junio de 2005	28 de abril de 2005	17 de enero de 2005	10 de diciem. de 2004	20 de septiem. de 2004
		31 de enero de 2004				
	D	16 de febrero de 2005	17 de enero de 2005	24 de septiem. de 2004	16 de julio de 2004	13 de febrero de 2004
		25 de junio de 2003				
Prueba pericial: peso	E	26 de abril de 2006	1 de julio de 2003			
Prueba pericial: contraria al ppio. de presunción inocencia	D	5 de mayo de 2005	7 de marzo de 2005	17 de enero de 2005	21 de diciem. de 2004	24 de mayo de 2004
		21 de mayo de 2004	6 de mayo de 2004	21 de abril de 2004	30 de marzo de 2004	24 de marzo de 2000
Pureza (no acreditación de)	E	10 de marzo de 2004	28 de abril de 2004	16 de mayo de 2003		
Resolución manifiesta (actos de)	E	18 de junio de 2002	9 de marzo de 1998	30 de junio de 1995	14 de noviem. de 1984	
Sistema vicarial	E	18 de julio de 2002				
Tentativa	E	30 de junio de 2005	22 de junio de 2005	4 de marzo de 2005	2 de diciem. de 2003	12 de mayo de 2002
		30 de abril de 2002	21 de mayo de 2001	13 de marzo de 2000	21 de junio de 1999	3 de marzo de 1999
		15 de abril de 1997	26 de marzo de 1997			
Tentativa de venta de droga por particular	D	25 de febrero de 1928				
Tráfico (actos de)	E	4 de abril de 2006	31 de marzo de 2006	3 de enero de 2003	30 de noviem. de 2001	15 de octubre de 1998
		17 de febrero de 1998	26 de junio de 1995	2 de junio de 1995	29 de octubre de 1993	25 de marzo de 1993

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		3 de noviem. de 1987	5 de octubre de 1987	15 de julio de 1987	13 de julio de 1987	16 de octubre de 1985
		15 de marzo de 1985	8 de febrero de 1984	31 de enero de 1984	24 de enero de 1984	23 de junio de 1983
		7 de mayo de 1981	6 de abril de 1981	30 de marzo de 1981	19 de enero de 1980	7 de noviem. de 1979
		24 de enero de 1979	24 de enero de 1975	31 de octubre de 1973	16 de octubre de 1973	10 de octubre de 1973
Transporte (actos de)	E	26 de septiem. de 2005	6 de julio de 2005	3 de junio de 2005	4 de mayo de 2005	27 de abril de 2005
		22 de abril de 2005	13 de abril de 2005	24 de marzo de 2005	21 de marzo de 2005	15 de febrero de 2005
		8 de febrero de 2005	9 de diciem. de 2004	23 de septiem. de 2004	10 de septiem. de 2004	14 de abril de 2004
		23 de febrero de 2004	15 de diciem. de 2003	3 de diciem. de 2003	17 de noviem. de 2003	16 de octubre de 2003
		26 de junio de 2003	20 de junio de 2003	12 de junio de 2003	29 de mayo de 2003	23 de mayo de 2003
		18 de marzo de 2003	4 de marzo de 2003	17 de diciem. de 2002	22 de enero de 2002	23 de noviem. de 2001
		25 de junio de 2001	12 de febrero de 2001	6 de febrero de 2001	10 de abril de 2000	19 de febrero de 2000
		17 de diciem. de 1999	11 de mayo de 1999	27 de noviem. de 1998	11 de noviem. de 1997	4 de febrero de 1997
		18 de diciem. de 1995	20 de enero de 1994	14 de diciem. de 1993	30 de junio de 1993	20 de abril de 1989
		4 de abril de 1989				
Unidad militar	E	3 de mayo de 1995				
Utilización de menor de edad	E	14 de diciem. de 1999	3 de febrero de 1999	20 de enero de 1988	26 de noviem. de 1987	15 de julio de 1987
		5 de noviem. de 1986				
Venta de droga	E	24 de abril de 2006	11 de julio de 2005	28 de abril de 2005	19 de abril de 2005	25 de abril de 2005
		8 de octubre de 2004	18 de febrero de 2004	2 de enero de 2004	31 de octubre de 2003	24 de junio de 2003

CONCEPTO	SENTENCIAS					
		28 de mayo de 2003	21 de octubre de 2002	6 de junio de 2002	5 de marzo de 2001	26 de octubre de 2000
		13 de diciem. de 1999	3 de diciem. de 1998	7 de marzo de 1996	22 de diciem. de 1995	26 de septiem. de 1995
		10 de febrero de 1989	1 de febrero de 1989	23 de diciem. de 1988	20 de octubre de 1988	15 de junio de 1988
		30 de marzo de 1988	18 de enero de 1988	21 de julio de 1987	28 de mayo de 1987	17 de diciem. de 1986
		28 de noviem. de 1986	3 de octubre de 1985	3 de mayo de 1985	28 de enero de 1985	23 de junio de 1931
Venta de droga: significado mercantil)	E	10 de abril de 2004	18 de septiem. de 2003	4 de julio de 2002	16 de marzo de 1995	

E: Sentencia estimatoria

D: Sentencia desestimatoria.

Justicia Penal Internacional y Amnistía (*)

JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES (1)

Profesor Dr. de la Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

El anhelo *kantiano* presente en el opúsculo «Sobre la paz perpetua» (2) de la instauración de un derecho cosmopolítico como desarrollo de la idea racional de comunidad pacífica plena de todos los pueblos ha encontrado sustento, sin duda alguna, en los desarrollos jurídicos en materia de derecho internacional. Si bien el mismo filósofo de Königsberg consideró la paz perpetua (el fin último de todo el derecho de gentes) como una idea irrealizable, no dudó en afirmar que los principios políticos que a ella tienden sí permiten un acercamiento a este estado de paz, en la medida en que tal aproximación es una tarea fundada en el deber y, por tanto, también en el derecho de los hombres y de los Estados (3). Kant abogó por un derecho mundial que apunte a la evitación de la guerra y al aseguramiento de la paz; partió entonces del respeto recíproco de los

(*) El contenido de este trabajo responde en su gran mayoría al publicado en Anuario de Derecho Constitucional, Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Período 2002 y primer semestre de 2003, Eduardo Montealegre Lynett (coord.), ed. Universidad Externado de Colombia, pp. 385 ss., Bogotá, 2004.

(1) Máster en Derecho comparado y doctor en Derecho en la Universidad de Bonn-Alemania. Actualmente profesor de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia.

(2) KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, 1795, citado según la edición presentada por Antonio Truyol y Sierra, y traducida por Joaquín Abellán, 2001.

(3) KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, 1797, § 61, citado según la edición con estudio preliminar de Adela Cortina Orts y traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, 2002.

Estados y descartó la existencia de un Estado mundial, pues en él la fuerza de validez de las normas jurídicas se distanciaría en gran medida del individuo (4).

Puede afirmarse con Kant que la búsqueda de los mecanismos que lleven a la instauración permanente del estado de paz es el fin último de la doctrina del derecho dentro de los límites de la mera razón, y que la asociación de todos los pueblos soberanos en orden a ciertas leyes generales será el paso decisivo para que rija un derecho mundial. Así, podría pensarse en un primer momento en que los desarrollos recientes en materia penal internacional coinciden con la idea de derecho del filósofo alemán y que, entonces, éstos se fundan en una idea jurídica autorizada; sin embargo, el deber jurídico de una paz internacional no debe confundirse con el sometimiento de los pueblos, de los Estados y de sus ciudadanos a una organización mundial en la que el individuo no sea el artífice directo de la obra legitimadora.

Ya que con la instauración de la Corte Penal Internacional con sede en La Haya el ciudadano se ve inmerso en una relación jurídica «distante» frente a la comunidad internacional, intentaremos acercarnos en estas líneas a algunas cuestiones que, en el marco de la discusión actual sobre este nuevo organismo, no sólo ponen en duda la legitimación material de un ordenamiento penal internacional sino que también tienen consecuencias específicas en lo concerniente a la autonomía en materia penal de los Estados. Aquí no vamos, y debe quedar claro, a tratar el problema de legitimación anteriormente mencionado; solamente resaltaremos algunos interrogantes que darán a meditar cuando precisamente la autonomía del Estado para juzgar o perdonar los delitos cometidos en su territorio se vea limitada. El hecho de que esta cuestión tiene relevancia actual en la discusión quedará al descubierto más adelante.

Hasta hace algunos años la idea de una justicia y un Derecho penal internacionales era un gran interrogante del ordenamiento internacional; el contenido exacto de un derecho penal internacional y las perspectivas políticas para la instauración de una justicia penal de esas características no parecían estar dadas. El desarrollo acaecido en esta materia desde principios de los años noventa con el llamamiento hecho por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de tribunales penales internacionales para la antigua Yugos-

(4) Sobre Kant recientemente ZACZYK, R., «Freiheit und Recht- Immanuel Kant zum 200». Todestag, en: *JuS* 2/2004, pp. 96 ss.

lavia y para la persecución del delito de genocidio en Ruanda dio una nueva dinámica a la discusión acerca de la necesidad de legitimar una institución para la persecución de determinados delitos a nivel mundial. Este proceso tuvo su culminación en el llamado Estatuto de Roma del 17 de junio de 1998, en el cual se dio vida a un tribunal penal internacional, y en su entrada en vigor el 1 de julio de 2002 después de que el 11 de abril del mismo año se completara el número de ratificaciones necesario consagrado en el artículo 126 del Estatuto.

En el Estatuto de Roma se elabora una codificación general del Derecho penal internacional que «precisa» materialmente este ámbito jurídico y que también establece reglas generales de punibilidad y de derecho procesal penal, elevando así la seguridad jurídica internacional en relación con los desarrollos que hasta ese momento se habían dado. El catálogo de delitos que el Estatuto contiene corresponde con el derecho penal internacional que venía legitimándose a través de la costumbre internacional. El significado del Estatuto de Roma no se agota, sin embargo, en la codificación de un Derecho penal internacional; con él se abre paso también, por primera vez en la historia, a la instauración de una jurisdicción penal internacional, algo que estaba restringido al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. De esta forma la ahora justicia penal internacional tiene unos fundamentos cuyo desarrollo va a estar a cargo de un organismo independiente (5).

En esta contribución nos adentraremos en la cuestión de la viabilidad de procesos de amnistía e indulto en un Estado a la luz de las competencias otorgadas a la Corte Penal Internacional. Para esto haremos primeramente algunas consideraciones generales en torno a la legitimación de la justicia penal internacional desde la perspectiva del individuo y del Estado (II), pues ellas cobrarán importancia cuando en el siguiente apartado se analice la procedencia de los procesos de amnistía e indulto de acuerdo a la situación jurídica actual (III). En íntima relación con lo anterior dedicaremos algunas líneas al análisis del así llamado delito político y su correcto entendimiento en el marco de la amnistía (IV).

(5) En general sobre el Estatuto de Roma, entre otros, AMBOS, K., «Der neue Internationale Strafgerichtshof ein Überblick», en: *NJW* 1998, pp. 3743 ss.; el mismo, «Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs», en: *ZStW* 111 (1999), pp. 175 ss.; también ROGGMANN, Herwig, *Die Internationalen Strafgerichtshöfe*, 1998; BRUER-SCHÄFER, A., *Der Internationale Strafgerichtshof*, 2001.

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN: INDIVIDUO Y ESTADO

El concepto de Derecho penal internacional, al igual que el de derecho penal estatal, envuelve la responsabilidad jurídico-penal de una persona determinada y no la del pueblo de un país o de una comunidad. A diferencia de este último, el Derecho penal internacional presupone la existencia de una relación jurídica entre la persona que actúa y la comunidad internacional, de un delito relacionado con ésta y de su consecuencia jurídica. Se trata de la reacción de la comunidad internacional ante delitos graves que afectan, por tanto, valores y principios jurídicos universales que atacan directamente a la comunidad internacional (preámbulo y art. 5, numeral 1 del Estatuto de Roma). La posibilidad de que, ante estos atentados, se reaccione con una pena internacional entra en conflicto con el derecho legítimo de los pueblos y de los Estados de regular sus propios asuntos (autodeterminación o soberanía). Este conflicto adquiere importancia con la instauración del mencionado tribunal; la posibilidad del juzgamiento de ciudadanos de un Estado cualquiera por un tribunal internacional plantea entonces interrogantes que afectan directamente a la relación entre el Derecho penal (internacional) y el Derecho internacional en general. No sólo se trata de cuestiones de delimitación de tareas y campos de actuación de estos ámbitos jurídicos, sino también de interrogantes relacionados con el individuo y la soberanía estatal, que cuestionan la legitimidad material de la justicia penal internacional. Si bien esta legitimación material es un tema complejo que además no es el objeto directo de estas líneas, consideramos procedente esbozar un par de ideas al respecto, pues la evidencia de normas penales internacionales opaca, en nuestra opinión, una carencia argumentativa y, de esta forma, etiqueta como derecho penal legítimo algo que el teórico de esta rama del derecho difícilmente reconocería como tal.

a) Desde la perspectiva del individuo resulta importante lo concerniente a la legitimación material de aquel derecho penal que desborda las fronteras de la organización estatal concreta; es decir, se debe cuestionar si el derecho penal (ahora) internacional argumenta coherentemente al individuo el por qué de su obligación frente a la comunidad internacional.

El Derecho penal internacional es una síntesis de Derecho internacional y de derecho penal, unión de premisas y valoraciones pertenecientes a campos jurídicos con fines y estructuras diferentes. Mientras el Derecho internacional, por ejemplo, trabaja con principios inherentes a la soberanía e igualdad de los Estados, el Derecho penal

se ocupa, como parte del ordenamiento jurídico de un Estado, de establecer las condiciones para la punibilidad de un determinado comportamiento ante la lesión de una norma jurídica. Entonces el Derecho Penal estatal actúa en una órbita diferente y mucho más limitada en la que el Estado obtiene la potestad derivada del ciudadano de reglar la vida en comunidad mediante normas jurídicas vinculantes ante cuya transgresión se puede reaccionar con coacción, en el ámbito penal con la instauración de una pena. En él la relación jurídica Estado-ciudadano es «cercana» y surge de una obra legitimadora concreta que conduce precisamente a la instauración del poder en manos del soberano y a la autorización para establecer normas penales que, por su parte, concretan las necesidades culturales de la comunidad en una época (de paz o de guerra) determinada. Por lo anterior no resulta sorprendente que la dogmática penal internacional haya aportado hasta ahora pocos fundamentos teóricos claros que sustenten la potestad punitiva por parte de un organismo internacional *frente a un ciudadano*. Las normas concretas del Estatuto de Roma tampoco aportan claridad al respecto; por el contrario, tal como allí están concebidos los tipos penales no se logra deslindar claramente entre un atentado contra la identidad de un pueblo y uno contra los valores internacionales. Al parecer, las razones políticas que están muy lejos de satisfacer las condiciones jurídicas del ciudadano del Estado, juegan aquí un papel preponderante.

Consideramos que esta objeción, aunque «sólo» sea en el marco de la teoría, debe ser aún meditada por la ciencia penal. *Aquí no pretendemos postular la inexistencia de una legitimación material tal*, y esto debe quedar claro; sólo queremos expresar que si ella existe, y aquí creemos que sí y que subyace a los criterios de la razón, esto es, a la necesidad de una justicia protectora de los derechos humanos, que además acoja las pretensiones de reivindicación de muchas víctimas etc., hay que poderla esbozar y enmarcar teóricamente en Derecho, y esto significa para el caso concreto que el campo de aplicación de la justicia penal internacional tenga como límites los *verdaderos* atentados contra el orden internacional y no delitos que en su desvalor difícilmente traspasan las fronteras del Estado (6). A lo anterior se añade otro interrogante, y es el de la legitimación de las normas del Derecho penal internacional. A continuación intentaremos evidenciar que éstas no tienen sustento en la existencia de un ordenamiento real, es decir, en uno que preserve una constitución normativa existente

(6) Excelente sobre esta cuestión KÖHLER, M., «Zum Begriff des Völkerstrafrechts», en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 11 (2003), pp. 435 ss.

con todas sus garantías, que proteja normas establecidas en la comunicación con anterioridad al hecho.

¿Cuáles son las exigencias que deben hacerse a una norma de Derecho penal internacional para que a una persona concreta le pueda ser reprochado un atentado contra este orden jurídico? Dentro de las muchas exigencias haremos aquí alusión solamente a la validez del principio jurídico-penal de legalidad. Hoy en día existe consenso acerca de la validez jurídica internacional del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pues él se encuentra consagrado en la mayoría de los catálogos internacionales de derechos humanos, es contado como elemento esencial del ordenamiento internacional y está expresamente consagrado en los artículos 22 a 24 del Estatuto de Roma. Este principio, que tiene como función nuclear limitar la imposición de una pena a aquellos atentados contra un determinado ordenamiento en vigor, esto es, contra negaciones de una constitución normativo-social existente, tiene en derecho internacional un carácter *sui generis* que no puede ser equiparado a su *corriente* entendimiento en derecho estatal.

En contraposición a la consagración de este enunciado en los ordenamientos nacionales modernos, el principio de legalidad del Derecho internacional supone la posibilidad de imponer penas con fundamento en normas jurídicas no escritas, y que devienen de la así llamada costumbre internacional. En derecho penal internacional este principio de sujeción a la norma reclama en consecuencia una determinabilidad, dicho con otras palabras, disminuida en relación con las exigencias normales de derecho estatal (como ejemplo claro de ello está el art. 22 número 3 del Estatuto de Roma).

Si bien ya esta diferencia causaría escozor al positivista empedernido, el problema no subyace en que la necesidad de descripción clara del hecho y su punibilidad con anterioridad a su comisión sea relativizada. La cuestión gira de nuevo en torno a la exigencia de una *existencia real* de la norma frente al individuo y para esto no basta con que la declaratoria de existencia sea emitida antes del hecho, sino que su existencia dependa de que la norma haya sido establecida en la comunicación *entre personas* con anterioridad al hecho (7). Como

(7) Cfr. JAKOBS, G., «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en: *Cuadernos de conferencias y artículos 24*, Universidad Externado de Colombia, traducción de Teresa Manso Porto, 2000, pp. 37 ss.; el mismo, «Crímenes de Estado - Ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática alemana?», en *Doxa 17-18* (1995), traducción de Pilar Giménez Alcover.

se puede apreciar, la posibilidad de aplicar normas de Derecho internacional no escritas, pero aún más importante, que no basen su existencia en la comunicación interpersonal con anterioridad al hecho plantea bastantes interrogantes que precisamente apuntan a cuestionar la legitimidad de dichas normas. A esto hay que agregar que la justicia penal internacional no dispone de una amplia jurisprudencia, que además de permitir la concreción de las normas, establezca reglas diáfanas en lo que concierne a la medición de la pena, etc. Si bien estos interrogantes parecen disolverse de nuevo en nuestro afán teórico y fundamentador, el lector atento advertirá que estas cuestiones anidan más allá de la teoría.

El que «exista» un ordenamiento penal internacional –aunque sea formal– conlleva la necesidad de mencionar el fin principal que debe ser perseguido con la pena. Con la instauración de una pena se busca confirmar de manera contrafáctica, esto es, en contra de lo ocurrido, la vigencia de una norma concreta que ha sido «menospreciada» por el autor que ha contrariado, de esta forma, las bases elementales de la coexistencia social; con ella se reprocha al autor la falta de motivación fiel al derecho (8), en el caso del Derecho penal internacional, al conjunto de normas que ha sido desarrollado internacionalmente a lo largo del tiempo, que contiene los fundamentos básicos de convivencia mundial pacífica y que protege la integridad de los valores internacionales. Dicho en pocas palabras: después del Estatuto de Roma se le reprochará al ciudadano la defraudación de las anteriores expectativas; se entenderá que él es persona a la luz del Derecho internacional, y que por tanto posee deberes y derechos frente a la comunidad internacional (9).

b) Desde la perspectiva de la soberanía de los Estados para el ejercicio de la jurisdicción penal dentro de su territorio, el establecimiento de una Corte Penal Internacional puede suscitar algunas cuestiones. Se trata del sometimiento a la jurisdicción internacional de un acontecimiento dentro del territorio de un Estado, es decir, se le impone una limitante al poder de ejercicio de la fuerza del Estado sobre su territorio. No se debe olvidar, sin embargo, que el poder estatal nunca ha sido ilimitado y que, por el contrario, son precisamente los principios impuestos por el derecho internacional los que

(8) Cfr. al respecto JAKOBS, G., «Sobre la teoría de la pena», en *Cuadernos de Conferencias*, Universidad Externado de Colombia, traducción de Manuel Cancio Meliá, 1998; también LESCH, H. H., «La función de la pena», en *Colección de estudios 17*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 1999.

(9) Al respecto BECKER, Astrid, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit*, 1996, pp. 91 ss.

afectan directamente la soberanía estatal. Así, se tiene como limitante más importante el principio de no intervención en los asuntos internos de Estados soberanos; por consiguiente, un Estado no puede extender sin más el campo de aplicación de su Derecho penal a hechos ocurridos en el exterior: para ello necesita una clara relación personal o material entre el hecho y el Estado al que el Derecho penal se hace extensivo. Un Estado puede también limitar su soberanía penal –y este es el caso de la Corte Penal Internacional– en tanto sobre la base de los principios fundamentales del Derecho internacional haya una transmisión de competencias a un organismo legitimado institucionalmente para la persecución penal de nacionales.

Esta última cuestión de legitimación se traduce en los criterios de competencia de un tribunal penal internacional. Actualmente existen dos conceptos de legitimación (10): por un lado, el de la jurisdicción derivada y, por otro, el de jurisdicción universal o automática. Estos conceptos *en principio* no plantean interrogantes ya que se trata de la posibilidad que se arroga el Estado de transferir algún tipo de competencias a una organización internacional y, en el caso de la jurisdicción universal, de un principio reconocido internacionalmente para determinados organismos de la comunidad internacional. Los dos conceptos han sido acogidos por el Estatuto de Roma, aunque en el caso de la jurisdicción automática, supeditado a las remisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pareciese entonces que la transferencia de competencias no plantea problemas de pérdida de soberanía estatal ya que cada Estado transfiere así de manera voluntaria una parte de sus competencias originarias a un organismo internacional, en este caso la Corte Penal Internacional. Además la relación entre la jurisdicción estatal y la internacional está regida por el principio de complementariedad que estatuye la primacía de la persecución penal estatal con respecto a la internacional; determinados hechos serán competencia del la Corte Penal Internacional solamente cuando los Estados no estén en capacidad o simplemente no quieran perseguir penalmente a los posibles autores del hecho. Estos criterios de legitimación y competencia resultan favorables a la soberanía estatal, pues contribuyen a la salvaguardia de los intereses de cada Estado en particular. El que la Corte Penal Internacional sólo esté autorizada para conocer hechos cuando un ordenamiento jurídico estatal no sea efectivo es una garantía para evitar la impunidad en

(10) Cfr. sobre la «legitimación» en general de la justicia penal internacional, KÖNIG, K.-M., *Die Völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz*, 2002.

caso de graves violaciones de los derechos humanos en cualquier parte del mundo; la Corte Penal Internacional será algo así como un guardián de los derechos humanos. Es conveniente hacer referencia a las competencias estatales que pueden ser transferidas. El Estado no puede ceder más competencias de las que él mismo tiene y tratándose de la persecución penal serán solamente aquellas que derivan del principio de territorialidad reconocido internacionalmente y arriba mencionado; el artículo 12 numeral 2º letra (a) del Estatuto de Roma anuda a este principio. Esto partiendo del supuesto de que la potestad punitiva del Estado frente a sus miembros es *legítimamente* transmisible, algo así como que el principio de que *la souveraineté est inaliénable* actualmente tiene otro significado.

III. AMNISTÍA Y CORTE PENAL INTERNACIONAL

Hasta ahora se ha hecho referencia a las cuestiones de legitimación que surgen en el marco de la competencia y jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Arriba también se mencionó que, si bien se pueden hacer serios reparos teóricos a estas competencias, no se desconoce que habrá seguramente algunos delitos que, por su trascendencia internacional, pueden legitimar a la Corte Penal Internacional para su conocimiento y juzgamiento. Entonces el criterio que consideramos debe ser seguido para la determinación de esta competencia, y que no nos hizo dudar de la legitimación de este tribunal internacional, es el contenido en el mismo preámbulo y en el artículo 5, numeral 1º, del Estatuto, acerca de la necesidad de que el hecho delictivo tenga trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

A pesar de esta diáfana expresión cuyo coherente y correcto desarrollo hubiera permitido una clara delimitación respecto de la actividad punitiva estatal, el Estatuto eleva pretensiones que van mucho más allá y que, de acuerdo a lo hasta aquí dicho, extienden la competencia del tribunal a delitos que afectan solamente a la seguridad interior de un Estado, que se enmarcan dentro de una guerra civil interna y cuyo tratamiento, sea éste castigo o perdón, puede llevar a corregir las causas siempre internas que llevaron a su comisión. Así las cosas, el Estatuto de Roma reclama para sí la posibilidad de decidir sobre la conveniencia de la reacción de un Estado ante los hechos ocurridos en su territorio y esto entonces en contra de la auto-organización interna, del principio de autodeterminación de los pueblos. Surge de nuevo el interrogante acerca de la legitimación. Con la aprobación

del Estatuto de Roma esta discusión cobra gran importancia, y en verdad teniendo en cuenta que los procesos de amnistía e indulto son una de las posibles salidas con que cuentan los países para solucionar las crisis políticas por la muchos de ellos atraviesan. Así las cosas, dedicaremos unas cortas líneas al análisis de la procedencia de estas figuras en relación con la competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar los delitos cometidos actores de un conflicto armado interno.

a) El objetivo que el Estatuto de Roma persigue es evitar la impunidad ante lesiones graves de los derechos humanos en el territorio de un Estado. Una falta de punibilidad puede darse, no obstante, por diferentes motivos. Puede ocurrir que exista una complicidad de un régimen o de los órganos encargados de administrar justicia en un país con los autores de los delitos que atentan contra los derechos humanos. También se puede dar el caso de que esta falta de persecución penal sea una herramienta del Estado mismo para poner fin a un proceso de divisiones políticas internas de manera que se geste una «reconstrucción social». En este último evento se trata generalmente de formas de expresión de un, por decirlo así, perdón penal consagradas en la mayoría de las Constituciones, y que, entonces, también son parte del sistema de Derecho correspondiente.

Las amnistías y los indultos parten de la premisa de que hubo una violación del Derecho y de que a los autores se les protegerá de la persecución penal, en el caso de la amnistía mediante la extinción de la acción penal y en el indulto mediante la extinción de la pena. Históricamente los procesos de amnistía se han desarrollado de la mano de los crímenes de guerra, sin embargo también han sido utilizados para facilitar el restablecimiento de la paz en un país tras un conflicto interno (por ejemplo en Sudáfrica). Estos procesos no deben ser asociados sin más con una falta de punibilidad total, otras sanciones que no sean de carácter penal son perfectamente viables. A pesar de que existe consenso acerca de que estos tratamientos especiales son una cuestión eminentemente interna de los Estados, los nuevos desarrollos del Derecho internacional parecen excluir esta posibilidad o, por lo menos, crean dificultades para la legitimación jurídica de estos procesos. Los posibles efectos que pueden tener las amnistías sobre la competencia de la Corte Penal Internacional es una cuestión muy discutida; el hecho de que el Estatuto de Roma ignore por completo este tema y no se exprese sobre la viabilidad o no de un proceso semejante, en el que inclusive un Estado puede pasar de un régimen totalitario a uno democrático, es algo que ha sido criticado fuertemente, pues así se habría

aclarado uno de los interrogantes que hasta ahora no ha sido solucionado por la doctrina del Derecho internacional.

Más allá de la crítica que en este punto pueda hacerse, esta cuestión está íntimamente relacionada con el *deber* de la comunidad internacional de castigar graves violaciones de los derechos humanos. El Derecho internacional no sólo reconoce a la comunidad internacional la posibilidad de castigar delitos, sino que también la obliga a esto; este deber va dirigido en una primera instancia al país en cual se comete el delito y en lo que se refiere a violaciones graves de los derechos fundamentales se tiene como precedente una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 1988 (29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez) en la que se consagró que el Estado está obligado a evitar lesiones a los derechos humanos, a investigar indicios sobre la mismas, a identificar a los posibles responsables, a imponer las penas correspondientes y a indemnizar a las víctimas. Este deber es además reconocido en la literatura científica (11) aunque por estar relacionado con el derecho de la costumbre internacional se le pueda hacer reparos en lo que concierne a su fundamentación dogmática.

De lo anterior se deduce que la cuestión de si la Corte Penal Internacional debe acatar o no los procesos de amnistía gestados en la rama legislativa de un país determinado es algo muy diferente a la posibilidad de que se realice un proceso de esta categoría en concordancia con las reglas del Derecho material penal internacional (12). Es decir, no se debe confundir la competencia del tribunal para el juzgamiento de determinados delitos y la improcedencia de un proceso de amnistía. El estatuto de Roma no ofrece pauta alguna para determinar si los delitos cometidos y que son de su competencia pueden ser objeto de amnistía; una vez cometidos, su conocimiento es competencia del nuevo tribunal, así éste sea subsidiario. La viabilidad de la amnistía se debe entonces establecer de la mano de las normas del derecho penal material internacional y que contienen el deber punitivo arriba mencionado (13).

Lo determinante es el alcance del deber de los Estados para punir atentados contra los derechos humanos en su territorio, pues la renun-

(11) Por ejemplo, TOMUSCHAT, C., «The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals», en: *Festschrift para Helmut Steinberger*, 2002, p. 315 ss., 344.

(12) Cfr. DAHM, G./DELBRÜCKM J./WOLFRUM, R., *Völkerrecht*, tomo I/3, 2a. edición, 2002, p. 1017 s.

(13) Cfr. *ibid.*, p. 1016 s.

cia a dicha punición a través de un proceso de amnistía implicaría el desconocimiento de las obligaciones que se han asumido frente a la comunidad internacional a través del tiempo. En el campo de la protección de los derechos humanos a nivel internacional existía consenso de que el otorgamiento de amnistías es una cuestión eminentemente interna de los Estados y que estos procesos no atentan contra deber punitivo alguno. Sin embargo, como arriba se mencionó, fue en el caso Velázquez Rodríguez en que este punto de vista cambió y a partir de allí empezó a hablarse de una tal obligación; esta nueva opinión fue reiterada en algunas decisiones de la Corte Interamericana y se tiene hoy en día en la literatura científica como posición dominante especialmente en lo que concierne con el asesinato, desapariciones forzadas, tortura, atentados graves contra el Derecho internacional humanitario y el delito de lesa humanidad.

Se debe entonces aclarar el alcance del artículo 6, párrafo 2º, del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 en el que se establece la posibilidad de conceder amnistías a las personas que hayan tomado parte en un conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad por motivos de éste. El fin de este precepto fue, en su momento (1977), otorgar al Estado correspondiente las herramientas necesarias para lograr el resarcimiento de la paz interna y la reconciliación entre las partes integrantes del conflicto; sin embargo, hoy no se puede hablar de una autorización absoluta, y no se debe pensar que esta norma es de aplicación directa en la actualidad, pues sería contradictorio que ella autorizara procesos de amnistía que estén en contradicción con los deberes punitivos del Derecho internacional (14). Esta rama del Derecho ha evolucionado en los últimos años y es precisamente en lo que concierne a la aplicación de las reglas contenidas en los Convenios de Ginebra, que estaban referidas preponderantemente a conflictos internacionales, en donde se puede apreciar claramente un avance en la consolidación de principios aplicables a conflictos internos y, en esa medida, una estandarización en la protección de los derechos humanos. Dentro de los convenios de Ginebra es importante en este punto el artículo 3 común que define el estándar mínimo para la protección de derechos humanos en un conflicto armado interno, una novedad que implicó la aplicación de normas del Derecho internacional humanitario a los conflictos internos

(14) Así también HAMMEL, F. A., *Innerstaatliche Amnestien. Grundlagen und Grenzen aufgrund des internationalen Rechts*, 1993, p. 77; sobre los crímenes de guerra como limitante para el otorgamiento de amnistías, SÜSS, F., *Studien zur Amnestiegesetzgebung*, 2001, p. 206 ss.

de un país; es importante resaltar que tales normas no sólo estaban dirigidas directamente a los Estados, sino a todas las partes integrantes del conflicto armado interno. Estas normas fueron complementadas con el Protocolo II adicional, en el cual se detallaron las regulaciones para el conflicto armado no internacional mejorándose así el estándar contenido en el artículo 3 común. Si bien para el momento de la firma de los convenios y de los protocolos adicionales esta situación fue una innovación, la evolución del Derecho internacional ha mostrado que el contenido material del artículo 3 común es núcleo esencial para la protección de los derechos humanos en cualquier conflicto y que, por esto, no puede ser derogado sin más. El estándar mínimo humanitario para un conflicto no internacional establecido en dicho artículo común a los Convenios de Ginebra constituye parte esencial hoy en día del derecho de la costumbre internacional y fundamenta, por tanto, no sólo el deber punitivo de los Estados ante la violación de este estándar en un conflicto interno, sino también, según gran parte de la doctrina del derecho internacional, la posibilidad de perseguir universalmente las graves violaciones internas del derecho internacional humanitario a través de la justicia internacional y más ahora cuando el Estatuto de Roma acoge las pautas dictadas por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (15).

Una interpretación del artículo 6, párrafo 2º, del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra acorde con los nuevos desarrollos del Derecho internacional implica que esta norma permite los procesos de amnistía siempre y cuando con ellos no se deje de cumplir con el deber punitivo de los Estados. Ya que este deber es desarrollo del Derecho material penal internacional, en especial de aquel para los conflictos armados no internacionales, de los Convenios de Ginebra y del estándar humanitario allí establecido, nos encontramos frente a una barrera infranqueable, que impone la protección de los derechos humanos y la persecución y castigo estatal frente a su lesión. Los procesos de amnistía que desconozcan este deber estatal no tendrán sustento jurídico frente al derecho internacional; la norma del Protocolo II adicional anteriormente mencionada no puede permitir lo que las normas que fundamentan deberes de punición prohíben (16).

(15) Al respecto, detallado, KÖNIG, K.-M., *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz*, pp. 342 ss. 383.

(16) AMBOS, K., *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur «impunidad» in südamerikanischen Ländern aus Völkerrechtlicher Sicht*, 1997, p. 209 ss.

Desde esta perspectiva cualquier proceso de amnistía que se realice por delitos que conforman un grave atentado al Derecho Internacional Humanitario, que además hacen parte del así llamado delito de lesa humanidad y que tocan dicho estándar mínimo humanitario no tendrá fundamento jurídico alguno.

b) La situación jurídica esbozada, esto es, la existencia del deber estatal y la posibilidad de perseguir universalmente las lesiones graves de los derechos humanos a través de la justicia internacional, y que, como afirmamos, es opinión dominante en la doctrina del Derecho internacional, no siempre es tenida en cuenta tratándose de la posibilidad de que un Estado lleve a cabo un proceso de amnistía; a pesar de que haya una situación jurídica definida no existe una posición doctrinal clara en relación con la amnistía (17). Lo único que parece ser indiscutido es que figuras como las leyes de punto final, las amnistías en blanco para cualquier delito, las autoamnistías o cualquier otra modalidad que tenga como propósito afectar los intereses directos de las víctimas son inadmisibles desde la perspectiva del Derecho consuetudinario internacional. El deber punitivo estatal puede admitir entonces excepciones con las cuales se busque la protección de los intereses superiores de la generalidad cuando estos intereses no se puedan garantizar de otra forma. Si bien la imposición y ejecución de una pena cumple funciones sociales importantes como, por ejemplo, la reafirmación de la validez del Derecho y, por tanto, del Estado de Derecho, el facilitamiento de las indemnizaciones civiles a las víctimas etc., estas funciones serán efectivas sólo en cuanto la realidad nacional permita el cumplimiento del ideal de persecución penal total. Este ideal es una utopía en aquellos casos en los que, por ejemplo, los autores de los delitos ejercitan una posición dominante en el Estado, situación que impediría que un proceso de reconciliación se realice sin su colaboración. Los aspectos económicos tanto en lo concerniente a la persecución de los delitos como en lo que toca con las indemnizaciones, pueden jugar también un papel importante.

La decisión que tome un Estado de conceder amnistías por determinados delitos (en la mayoría de los Estados se permite amnistías sólo por delitos políticos) va a cumplir así una función social específica y será aceptable desde la perspectiva del Derecho internacional sólo en cuanto con ella no se persiga directamente la falta de punibilidad sino cuando este mecanismo sirva como instrumento para alcanzar un fin social supremo o un deber como la paz, la reconstruc-

(17) WERLE, G., *Völkerstrafrecht*, 2003, número marginal 191, p. 76.

ción y reconciliación social, etc. A esto se suma que un proceso tal debe cumplir con unas determinadas condiciones para que pueda ser reconocido y no sea objeto de reparos por la comunidad internacional (18). Debe ser encaminado por una institución que cuente con la suficiente legitimación democrática para ello, por ejemplo, el congreso o parlamento del Estado y en él deben participar no sólo representantes de todas las partes que integran el proceso de crisis interna que quiere ser solucionado, sino también representantes de otras instituciones que tengan interés (organizaciones no gubernamentales, etc.). Un análisis completo de los hechos delictivos que no se van a perseguir, así como la determinación de responsabilidades en cada caso van a permitir que esta reconciliación se gesticione de verdad, ya que las víctimas tendrán certeza acerca de los hechos ocurridos (derecho a la verdad) y, de esa forma, un sentimiento de justicia, aunque sea disminuido. Con relación a las víctimas resulta importante destacar la necesidad de indemnizaciones aunque éstas, en caso de imposibilidad de una *restitutio in integrum*, sean solamente simbólicas. Además cuestiones prácticas como los medios económicos y científicos que permitan una seria, razonable y cualificada discusión deben estar garantizadas. En fin, se trata de una serie de condiciones que al fin de cuentas sólo buscan el *apoyo político* de la comunidad internacional y que no precisamente, como lo advertimos, parten de los fundamentos jurídicos que se han esbozado modernamente en la doctrina del Derecho penal internacional y que desembocarían, sin más, en la afirmación de un deber punitivo estatal.

c) Desde la óptica de la competencia de la Corte Penal Internacional para el juzgamiento de los delitos contenidos en el Estatuto de Roma y que sean objeto de amnistía en un país, no habrá otra alternativa de acuerdo con la situación legal existente que afirmarla. Una vez que el Estado correspondiente acoja dicho Estatuto, todo delito que afecte los tipos allí establecidos podrá ser de conocimiento de este tribunal en virtud de la competencia complementaria. Por esto, la decisión de un Estado de llevar a cabo un proceso de amnistía debe contar con el respaldo político no sólo al interior del Estado mismo, sino también frente a la comunidad internacional. El mismo Estatuto de Roma abre un espacio para juicios de conveniencia política; además de una posible interpretación del preámbulo en este sentido, el artículo 53, párrafo 1º, letra c) del Estatuto establece que el *Prosecu-*

(18) Cfr. algunas propuestas de GROSS, I., «Die Vereinbarkeit von nationalen Amnestieregelungen mit dem Völkerstrafrechts am Beispiel von Südafrika», en *Humanitäres Völkerrecht- Informationsschriften* 2001, pp. 162 ss.

tor, en la decisión de si inicia o no una investigación, debe analizar si ésta sirve a fines de justicia teniendo siempre en cuenta la gravedad del delito y los intereses de las víctimas. Además se podría pensar que una vez que el Estado conceda los beneficios de amnistía o indulto en cumplimiento de todas las formalidades y las necesidades materiales del caso concreto, de acuerdo con el mismo artículo 20 del Estatuto, la Corte ya no sería competente (19). Como se observa, se trata de interpretaciones jurídicas para resolver problemas eminentemente políticos que, como ya se ha dicho aquí, hacen dudar seriamente de la legitimación de dicho tribunal para el conocimiento de realidades nacionales.

IV. SOBRE EL LLAMADO «DELITO POLÍTICO»

No en vano hablamos hoy en día de nuevo sobre amnistía; ésta es, dicho gráficamente, una figura contemporánea de coyuntura política (20). Ella es, por tanto, una expresión de estados de excepción, ambiciona un fin determinado por la realidad temporal y espacial en la que es dictada. Mientras que las leyes del Derecho penal nacional buscan la protección de un ordenamiento existente, las leyes de amnistía están orientadas a la restauración del orden afectado: con ellas se conduce un proceso de carácter extraordinario. Su justificación no sólo apunta a motivos de justicia, el logro del bienestar, la protección de las costumbres de una comunidad, en fin, la felicidad de un pueblo es también parte integrante de ella. El alcance de la amnistía está determinado, entre otros elementos, por el catálogo de delitos que la ley respectiva consagra; se puede tratar de un catálogo positivo, en cuanto se mencione de forma taxativa los delitos para los cuales la amnistía tiene validez, o también puede darse un catálogo negativo cuando se señale claramente cuáles delitos quedan excluidos de esta posibilidad (21).

a) ¿Cómo define la doctrina del derecho el delito político? La complejidad de una definición está íntimamente relacionada con su carácter histórico, por lo que todos los intentos de definirlo han fracasado hasta el momento. La discusión sobre esta definición tiene su

(19) BRUER-SCHÄFER, A., *Der internationale Strafgerichtshof*, p. 349 s.

(20) MARXEN, K., *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, 1984, p. 3.

(21) SCHÄTZLER, J.-G., *Handbuch des Gnadenrechts*, 1992, p. 216 s.

origen y significado más práctico con el derecho de extradición; el carácter político de una acción punible, según la doctrina mayoritaria, excluye la posibilidad de extradición. En la época anterior a la Revolución Francesa se entendía como delito político un ataque grave al Estado y a la clase dominante; desde la época de los griegos y los romanos valía como delito político todo lo que el ostentador de poder consideraba como tal, por lo que es explicable que en la época pre-revolucionaria las monarquías europeas se solidarizaran entre ellas y extraditasen a sus detractores para así mantener intactas sus bases institucionales. Fue con la Revolución Francesa y con el éxito liberal cuando empezó a cambiar esta concepción y se reconoció que autores de delitos políticos, precisamente por el fin «altruista» que pretenden, no deben ser extraditados sin más a su país de origen.

Pero en el marco de la discusión sobre extradición subyace también el problema de la definición del delito político y que se refleja en que cada tribunal o gobierno determina en el caso concreto tal calidad. Una de las posibilidades es partir del presupuesto subjetivo, esto es, de la mano de los fines perseguidos por el autor; también se puede pensar en la estructura objetiva del delito y, en esa medida, en la naturaleza del objeto jurídico lesionado. Sin embargo, parece que la definición correcta tiende a orientarse al ataque antijurídico al poder estatal y a la totalidad de la organización constitucional persiguiendo un cambio en las instituciones estatales o el relevo de régimen existente con afectación o no del sistema político (22). Estas pautas generales, si bien abren un marco de discusión real, no solucionan tampoco el problema de definición; y es que como se advirtió, la dificultad de una definición exacta anida en el carácter político de esta categoría penal y de su utilización en la discusión sobre amnistía.

La discusión doctrinal sobre el delito político se manifiesta entonces, por un lado, en las concepciones que parten del *delito político absoluto*, considerado en la doctrina como aquel que de forma inmediata lesiona la existencia, la capacidad de acción, la seguridad, la organización política y los propios derechos del Estado, por ejemplo espionaje, traición a la patria, etc. También entre quienes afirman el delito político en su carácter doctrinal de *relativo*, esto es, interpretándolo de una forma más amplia e incluyendo así hechos punibles de la criminalidad común pero que de alguna forma están en relación

(22) Sobre la evolución de las concepciones sobre el delito político FELCHLIN, P., *Das Politische Delikt. Entwicklung, Problematik und Wandel im Auslieferungsrecht*, 1981, p. 33 ss.

con el ámbito de lo político (23). Tanto una concepción como la otra ofrecen serias dificultades al momento de definir lo político del delito en el caso concreto; los delitos políticos absolutos, ya que anudan a un mínimo estrictamente objetivo, pueden no coincidir claramente con los hechos específicos y dejar de valorar algunas circunstancias objetivas o subjetivas que precisamente afirmarían o negarían el carácter político. En el caso de los delitos políticos relativos, bien se tengan como *complejos* o *conexos*, esto es, bien se cumpla un sólo tipo penal pero que contiene los elementos de un delito político puro y uno común o se trate de dos tipos penales claramente deslindables en su lesión (24), habrá siempre una zona de inseguridad conceptual. La situación doctrinal expuesta lleva a dos conclusiones opuestas que para el caso objeto de análisis en estas líneas cobra importancia. O se afirma lo innecesario de una clara definición pues esto le quitaría espacio de decisión a un Estado determinado en el momento de determinar el verdadero carácter político de un delito, o se propugna por una definición tal para así lograr un deslinde respecto de las nuevas exigencias del Derecho (penal) internacional.

b) Estas exigencias han llevado a que en las últimas décadas haya consenso en el marco de la discusión sobre extradición de que aquellos delitos denominados «*International crimes*» deben ser excluidos de la categoría de delitos políticos y, en consecuencia, ser objeto de extradición (25); es decir, la definición, en este caso negativa, del delito político para efectos de extradición coincide con el desarrollo que en los últimos años ha experimentado el Derecho Internacional Humanitario y que expusimos arriba cuando se analizó la problemática del deber estatal de perseguir y juzgar determinados delitos. La cuestión que plantea la doctrina acerca de cuáles hechos punibles tienen carácter universal y, por tanto, no deben entenderse como políticos, se ve más o menos solucionada de la mano de los diferentes instrumentos internacionales que se han desarrollado hasta ahora, incluyendo el Estatuto de Roma. Si bien hay diversidad de opiniones doctrinales acerca de lo que se debe entender bajo esta categoría, se hace referencia también a su expresa consagración en algunos tratados internacionales con lo que puede decirse y para los efectos de esta líneas, que los delitos de lesa humanidad no pueden ser considerados crímenes políticos y, por lo tanto, pueden ser objeto de extradición.

(23) Sobre la doble interpretación doctrinal del delito político, STEIN, T., *Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten*, 1983, p. 62 ss.

(24) Cfr. al respecto *ibid.*, p. 67 ss.

(25) Detallado *ibid.*, p. 171 ss.

c) Aquí deben hacerse dos consideraciones importantes; por una parte, que la posibilidad de conceder amnistías es también reconocida y expresamente no prohibida por los instrumentos del Derecho internacional; más aún, la doctrina del Derecho (penal) internacional no se ha puesto de acuerdo acerca de la viabilidad de estos procesos de «perdón penal» (26). Se considera lo ventajoso que puede resultar un proceso de amnistía para un país, especialmente porque con éste se pueden cumplir los objetivos que el Derecho internacional humanitario mismo persigue. Además, se trata de ofrecer a un Estado el ámbito de actuación necesario para solucionar autónomamente los conflictos internos.

Por otro lado y desde la perspectiva de la amnistía, el concepto de delito político no puede ser limitado. Ni el desarrollo de esta figura en el ámbito de la extradición ni su utilización como pauta material en la amnistía permite hacer interpretaciones estrechas.

A pesar de que el entendimiento de delito político ha tenido una evolución diferente en estos dos ámbitos (27), algo sigue siendo común y es, precisamente, lo inconveniente que resulta una definición exacta, pues esto mermaría la capacidad de rendimiento de las figuras que anuden a este concepto y así no se cumpliría su función. El concepto de delito político en la extradición difiere dependiendo de cada Estado, y la consideración que de él allí se haga está orientada a las necesidades políticas del momento y de cada caso en concreto (28). Lo mismo vale para la amnistía; esta figura, que al principio tuvo carácter de «gracia», es hoy en día una «amnistía de fines» (29), ella es un instrumento jurídico-penal de política legislativa que, como se vio, por su carácter extraordinario persigue un fin específico en una época excepcional determinada. En este orden de ideas, el concepto «delito político» estará definido a través de los fines que con la amnistía se persigan. Siempre ha sido claro que las revoluciones que buscan un cambio en las instituciones de un Estado van acompañadas de numerosas actuaciones reprochables (el que se hable de delitos conexos es la respuesta doctrinal a esto), y no por esto ellas dejan de ser altruistas, siempre y cuando estemos ante un régimen democrático; ya lo afirmó Franz von Liszt también en relación con el delito político: «*Quien quiera hacer revoluciones tendrá que quitarse el guante de seda y en lugar de la campanilla presidial tomar en su*

(26) WERLE, G., *Völkerstrafrecht*, 2003, número marginal 191, p. 76.

(27) Cfr. FRANKE, D., *Politische Delikt und Asylrecht*, 1979, p. 15.

(28) Así también FRANKE, *ibid.*, p. 33.

(29) MARXEN, K., *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, p. 11 ss.

mano la espada y la antorcha; desde el salón de estudio o de banquetes sólo excepcionalmente se derrocan tronos o se modifican constituciones y, sin embargo, siempre se quebrarán un par de cráneos y cristales» (30). Amnistía y delito político son figuras que están condicionadas históricamente, y esto significa una remisión al entorno fáctico y valorativo dependiente de la dinámica social.

Lo anterior no debe despertar dudas acerca de la determinación jurídica del concepto de delito político. Este concepto será jurídicamente concreto en cuanto sea el mismo sistema del Derecho el que establezca su contenido en concordancia con su función (social) en general; la forma más soberana de ejecución del Derecho es el perdón. Como delito político o conexo con él se entenderá lo que para el momento histórico concreto el sistema del Derecho determine como tal. El sistema del Derecho penal está así en íntima relación con el sistema político de un país, por lo que podría decirse, y aunque suene obvio, que no hay nada más político en derecho penal que, precisamente, el delito político.

d) Un proceso de amnistía puede llevar inmediatamente a la reincorporación en la sociedad civil de personas pertenecientes a grupos armados al margen de ley; mediatamente y como fin supremo de un proceso semejante estará ante todo la felicidad de un pueblo, la posibilidad del disfrute del Derecho y deber «paz». El logro de este ideal será tarea y deber en el Estado y los mecanismos jurídicos aptos para ello las herramientas legítimas con que cuenta una comunidad para solucionar *sus* problemas graves y no los de otros. Los procesos de amnistía e indulto son cuestión eminentemente estatal y están condicionados por las posibilidades de cada Estado en particular para enfrentar los problemas internos concretos; precisamente por esta razón éstos no están deslegitimados frente a la comunidad internacional aunque con ellos no se consideren pautas y principios fundamentales que, como al principio fue mencionado, desde la perspectiva de la comunidad internacional protegen al individuo en una relación jurídica distante. También la comunidad internacional estará interesada en la solución correcta, pronta y eficaz de conflictos internos a nivel mundial; ella no puede permitirse otro «lamento eterno» como el que se escucha en relación con la catástrofe humanitaria en Ruanda, ante la cual hasta los más grandes organismos internacionales no fueron más que espectadores.

(30) LISZT, F. v., «Sind gleiche Grundsätze des internationalen Strafrechts für die europäischen Staaten anzustreben? Wenn eventuell, welche?» en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2 (1882), pp. 73 s.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá

LEY ORGÁNICA 8/2006, DE 4 DE DICIEMBRE DE 2006, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

(«BOE» núm. 290, de 5 de diciembre de 2006)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introducida por el apartado tercero de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, prevé que el Gobierno impulsará las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin, continúa señalando la disposición adicional, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.

En cumplimiento del mandato legal, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Existe el convencimiento de que la Ley en estos sus cinco primeros años de vigencia ofrece un balance y consideración positivos, y ello no impide reconocer que, como toda ley, en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir.

Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumen-

tado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.

Con el objetivo de resolver estos problemas, esta Ley Orgánica plantea la revisión de determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del Juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.

Así, en primer lugar, se amplían los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo al ya existente los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Por otra parte, se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años. Además, se añade una nueva medida, semejante a la prevista en el Código Penal, consistente en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.

Se faculta al Juez para poder acordar, previa audiencia del Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección o reforma de menores, que el menor que estuviere cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Al mismo tiempo, si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el Juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida.

Se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el Juez. Al mismo tiempo, se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorrogable por otros tres meses.

Por otra parte, se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al Juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor.

Finalmente, se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses. Asimismo, y en su beneficio, se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles.

Un segundo objetivo de la Ley es recoger en el proceso de menores las nuevas misiones del secretario judicial previstas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003.

Por último, se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se sustituye el último párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos, donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio).

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, queda modificada conforme a lo dispuesto en el presente artículo.

Uno. Se suprimen los apartados 2 y 4 del artículo 1, pasando el actual apartado 3 de este artículo a convertirse en el nuevo apartado 2.

Dos. Se modifica el apartado 1 y se añade un nuevo apartado 4 al artículo 2, que tendrán la siguiente redacción:

«1. Los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta Ley, así como para hacer ejecutar las sentencias, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de menores.»

«4. La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 del Código Penal.»

Tres. El artículo 4 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 4. Derechos de las víctimas y de los perjudicados

El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

De manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

Las víctimas y los perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el secretario judicial les informará en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruyéndoles de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informará de que, de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si correspondiere.

Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

Sin perjuicio de lo anterior, el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.

En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Del mismo modo, el secretario judicial notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente.»

Cuatro. El artículo 7 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 7. Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas

1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

f) Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

g) Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

h) Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1.^a Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2.^a Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3.^a Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4.^a Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5.^a Obligación de residir en un lugar determinado.

6.^a Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7.^a Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

i) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección

del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

j) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

k) Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.

l) Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

m) Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

n) Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

ñ) Inhabilitación absoluta. La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

2. Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.

3. Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

4. El Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos, sujetándose si procede a lo dispuesto en el artículo 11 para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones; pero, en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase, entendiendo por tal cada una de las que se enumeran en el apartado 1 de este artículo.»

Cinco. El artículo 9 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 9. *Régimen general de aplicación y duración de las medidas*

No obstante lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 7, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas:

1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

5. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma.»

Seis. El artículo 10 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 10. *Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas*

1. Cuando se trate de los hechos previstos en el apartado 2 del artículo anterior, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia.

2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

3. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el menor.

4. Las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas.»

Siete. El artículo 11 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 11. *Pluralidad de infracciones*

1. Los límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, en el caso de que éstas sean conexas o se trate de una infracción continuada, así como cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones. No obstante, en estos casos, el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

Si pese a lo dispuesto en el artículo 20.1 de esta Ley dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el último Juez sentenciador señalará la

medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el párrafo anterior.

2. Cuando alguno o algunos de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fueren de los mencionados en el artículo 10.2 de esta Ley, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que, de forma complementaria, corresponda imponer con arreglo a dicho artículo.

3. Cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.»

Ocho. El artículo 12 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 12. *Procedimiento de aplicación de medidas en supuestos de pluralidad de infracciones*

1. A los fines previstos en el artículo anterior, en cuanto el Juez sentenciador tenga conocimiento de la existencia de otras medidas firmes en ejecución, pendientes de ejecución o suspendidas condicionalmente, impuestas al mismo menor por otros jueces de menores en anteriores sentencias, y una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, ordenará al secretario judicial que dé traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez que haya dictado la primera sentencia firme, el cual será el competente para la ejecución de todas, asumiendo las funciones previstas en el apartado 2 de este artículo.

2. El Juez competente para la ejecución procederá a la refundición y a ordenar la ejecución de todas las medidas impuestas conforme establece el artículo 47 de esta Ley. Desde ese momento, pasará a ser competente a todos los efectos con exclusión de los órganos judiciales que hubieran dictado las posteriores resoluciones.»

Nueve. El artículo 13 se suprime, pasando el artículo 14 a ser artículo 13, con la siguiente redacción:

«Artículo 13. *Modificación de la medida impuesta*

1. El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

2. En los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley.»

Diez. El artículo 14 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 14. *Mayoría de edad del condenado*

1. Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

2. Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y

la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.

3. No obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

4. Cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fueren compatible con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley.

5. La medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo.»

Once. El artículo 15 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 15. *De la prescripción*

1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:

1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años.

2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.

3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.

4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave.

5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta.

2. Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año.»

Doce. Los apartados 4 y 5 del artículo 16 tendrán la siguiente redacción:

«4. El Juez de Menores ordenará al propio tiempo la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil, que se tramitará conforme a lo establecido en las reglas del artículo 64 de esta Ley.

5. Cuando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo.»

Trece. Se añade un nuevo párrafo segundo al apartado 2 del artículo 17, con la siguiente redacción:

«El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.»

Catorce. El párrafo primero del artículo 18 tendrá la siguiente redacción:

«El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.»

Quince. El apartado 2 del artículo 19 tendrá la siguiente redacción:

«2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.»

Dieciséis. El artículo 20 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 20. *Unidad de expediente*

1. El Ministerio Fiscal incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos.

2. Todos los procedimientos tramitados a un mismo menor se archivarán en el expediente personal que del mismo se haya abierto en la Fiscalía. De igual modo se archivarán las diligencias en el Juzgado de Menores respectivo.

3. En los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios, la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de todos ellos en unidad de expediente, así como de las entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen, se hará teniendo en cuenta el lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, los criterios expresados en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Los procedimientos de la competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser objeto de acumulación con otros procedimientos instruidos en el ámbito de la jurisdicción de menores, sean o no los mismos los sujetos imputados.»

Diecisiete. El apartado 2 del artículo 22 tendrá la siguiente redacción:

«2. El expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el artículo 24. A tal fin, el Fiscal requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, se le nombrará de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados. Una vez producida dicha designación, el Fiscal la comunicará al Juez de Menores.»

Dieciocho. El apartado 2 del artículo 23 tendrá la siguiente redacción:

«2. El Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquél lo solicite.»

Diecinueve. El artículo 24 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 24. *Secreto del expediente*

El Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante Auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Este incidente se tramitará por el Juzgado en pieza separada.»

Veinte. El artículo 26 quedará redactado así:

«Artículo 26. *Diligencias propuestas por las partes*

1. Las partes podrán solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias. El Ministerio Fiscal decidirá sobre su admisión, mediante resolución motivada que notificará al letrado del menor y a quien en su caso ejercite la acción penal y que pondrá en conocimiento del Juez de Menores. Las partes podrán, en cualquier momento, reproducir ante el Juzgado de Menores la petición de las diligencias no practicadas.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando alguna de las partes proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores.

3. Si las diligencias propuestas por alguna de las partes afectaren a derechos fundamentales del menor o de otras personas, el Ministerio Fiscal, de estimar pertinente la solicitud, se dirigirá al Juez de Menores conforme a lo dispuesto en el artículo 23.3, sin perjuicio de la facultad de quien haya propuesto la diligencia de reproducir su solicitud ante el Juez de Menores conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.»

Veintiuno. Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 28 tendrán la siguiente redacción:

«1. El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima.

Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

El Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme.

2. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

El Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor, las demás partes personadas, el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada en función de los criterios consignados en este artículo. En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y las partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes.

3. El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante Auto motivado, por otros tres meses como máximo.»

Veintidós. Los apartados 1 y 3 del artículo 30 tendrán la siguiente redacción:

«1. Acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, notificándosela a las partes personadas, y remitirá al Juzgado de Menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, con un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, la proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil.

3. Asimismo, podrá proponer el Ministerio Fiscal la participación en el acto de la audiencia de aquellas personas o representantes de instituciones públicas y privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor y de la conveniencia o no de las medidas solicitadas. En todo caso serán llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito, así como los responsables civiles.»

Veintitrés. El artículo 31 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 31. *Apertura de la fase de audiencia*

Recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evaluado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.»

Veinticuatro. El artículo 32 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 32. *Sentencia de conformidad*

Si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7, y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite.

Cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad.

Cuando la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquélla.»

Veinticinco. El artículo 33 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 33. *Otras decisiones del Juez de Menores*

En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones:

- a) La celebración de la audiencia.
- b) El sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones.
- c) El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal.
- d) La remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto.
- e) Practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia.

Contra las precedentes resoluciones cabrán los recursos previstos en esta Ley.»

Veintiséis. El artículo 34 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 34. *Pertinencia de pruebas y señalamiento de la audiencia*

El Juez de Menores, dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor y, en su caso, de los responsables civiles, o una vez transcurrido el plazo para la presentación sin que ésta se hubiere efectuado, acordará, en su caso, lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, mediante auto de apertura de la audiencia, y el secretario judicial señalará el día y hora en que deba comenzar ésta dentro de los diez días siguientes.»

Veintisiete. Los apartados 1 y 3 del artículo 35 tendrán la siguiente redacción:

«1. La audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, de las partes personadas, del letrado del menor, de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el artículo 27 de esta Ley, y del propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario. También podrá asistir el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción, cuando se hubiesen ejecutado medidas cautelares o definitivas impuestas al menor con anterioridad. Igualmente, deberán comparecer la persona o personas a quienes se exija responsabilidad civil; aunque su inasistencia injustificada no será por sí misma causa de suspensión de la audiencia.

3. Quienes ejerciten la acción penal en el procedimiento regulado en la presente Ley, habrán de respetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido, en los términos que establezca el Juez de Menores. Quien infrinja esta regla será acreedor de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar.»

Veintiocho. El artículo 36 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 36. *Conformidad del menor*

1. El secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden.

2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.

3. Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes.

4. Cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquélla.»

Veintinueve. Los apartados 1 y 2 del artículo 37 tendrán la siguiente redacción:

«1. Cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al Ministerio Fiscal, a quienes hayan ejercitado, en su caso, la acción penal, al letrado del menor, y eventualmente y respecto de las cuestiones que estrictamente tengan que ver con la responsabilidad civil al actor civil y terceros responsables civilmente, a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, o, en su caso, les pondrá de manifiesto la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado. Seguidamente, el Juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere. Si acordara la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia sobre los extremos planteados.

2. Seguidamente se iniciará la práctica de la prueba propuesta y admitida y la que, previa declaración de pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto, oyéndose, asimismo, al equipo técnico sobre las circunstancias del menor. A continuación, el Juez oír al Ministerio Fiscal, a quien haya ejercitado en su caso la acción penal, al letrado del menor y al actor civil y terceros responsables civilmente respecto de los derechos que le asisten, sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oír también al equipo técnico y, en su caso, a la entidad pública de protección o reforma de menores. Por último, el Juez oír al menor, dejando el expediente visto para sentencia.»

Treinta. El artículo 38 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 38. *Plazo para dictar sentencia*

Finalizada la audiencia, el Juez de Menores dictará sentencia en un plazo máximo de cinco días.»

Treinta y uno. Los apartados 1 y 3 del artículo 39 tendrán la siguiente redacción:

«1. La sentencia contendrá todos los requisitos previstos en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y en ella, valorando las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Ministerio Fiscal, por las partes personadas y por el letrado del menor, lo manifestado en su caso por éste, tomando en consideración las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor, la edad de éste en el momento de dictar la sentencia, y la circunstancia de que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, resolverá sobre la medida o medidas propuestas, con indicación expresa de su contenido, duración y objetivos a alcanzar con las mismas. La sentencia será motivada, consignando expresamente los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial.

En la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta, con el contenido indicado en el artículo 115 del Código Penal.

También podrá ser anticipado oralmente el fallo al término de las sesiones de la audiencia, sin perjuicio de su documentación con arreglo al artículo 248.3 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. Cada Juzgado de Menores llevará un registro de sentencias en el que se incluirán firmadas todas las definitivas. La llevanza y custodia de dicho registro es responsabilidad del secretario judicial.»

Treinta y dos. El apartado 1 del artículo 40 tendrá la siguiente redacción:

«1. El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia o por auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquélla sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma. Se exceptúa de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta.»

Treinta y tres. En el apartado 3 del artículo 41 se sustituye la referencia al artículo 14 por el artículo 13.

Treinta y cuatro. Se modifica la rúbrica del artículo 41 y se añaden dos nuevos apartados 4 y 5 que tendrán la siguiente redacción:

«Artículo 41. *Recursos procedentes y tramitación.*»

«4. Contra los Autos y Sentencias dictados por el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

5. Contra las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales caben los mismos recursos que los expresados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se sustanciarán en la forma que en ella se determina.»

Treinta y cinco. El artículo 42 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 42. *Recurso de casación para unificación de doctrina*

1. Son recurribles en casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional y por las Audiencias Provinciales cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refiere el artículo 10.

2. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos.

3. El recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes que pretenda la indicada unificación de doctrina dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional o Provincial, en escrito dirigido a la misma.

El escrito de preparación deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia.

4. Si la Audiencia Nacional o Provincial ante quien se haya preparado el recurso estimara acreditados los requisitos a los que se refiere el apartado anterior, el secretario judicial requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que

las dictaron, y en un plazo de diez días remitirá la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emplazando al recurrente y al Ministerio Fiscal, si no lo fuera, ante dicha Sala.

5. El recurso de casación se interpondrá ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo de aplicación en la interposición, sustanciación y resolución del recurso lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto resulte aplicable.»

Treinta y seis. Se introducen las siguientes modificaciones en el artículo 44:

1. El apartado 1 queda redactado así:

«1. La ejecución de las medidas previstas en esta Ley se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente, salvo cuando por aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 y 47 de esta Ley sea competente otro, el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso.»

2. La letra b) del apartado 2 pasa a tener la siguiente redacción:

«b) Resolver las propuestas de revisión de las medidas.»

3. Se añade un nuevo apartado 3, con el siguiente tenor:

«3. Cuando, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley, la medida de internamiento se cumpla en un establecimiento penitenciario, el Juez de Menores competente para la ejecución conservará la competencia para decidir sobre la pervivencia, modificación o sustitución de la medida en los términos previstos en esta Ley, asumiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de las incidencias de la ejecución de la misma en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria.»

Treinta y siete. El artículo 46 tendrá la siguiente redacción:

«1. Una vez firme la sentencia y aprobado el programa de ejecución de la medida impuesta, el secretario del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida practicará la liquidación de dicha medida, indicando las fechas de inicio y de terminación de la misma, con abono en su caso del tiempo cumplido por las medidas cautelares impuestas al interesado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 28.5. Al propio tiempo, abrirá un expediente de ejecución en el que se harán constar las incidencias que se produzcan en el desarrollo de aquélla conforme a lo establecido en la presente Ley.

2. De la liquidación mencionada en el apartado anterior y del testimonio de particulares que el Juez considere necesario y que deberá incluir los informes técnicos que obren en la causa, el secretario judicial dará traslado a la entidad pública de protección o reforma de menores competente para el cumplimiento de las medidas acordadas en la sentencia firme. También notificará al Ministerio Fiscal el inicio de la ejecución, y al letrado del menor si así lo solicitara del Juez de Menores.

3. Recibidos por la entidad pública el testimonio y la liquidación de la medida indicados en el apartado anterior, aquélla designará de forma inmediata un profesional que se responsabilizará de la ejecución de la medida impuesta, y, si ésta fuera de internamiento, designará el centro más adecuado para su ejecución de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles para la ejecución por la entidad pública competente en cada caso. El traslado a otro centro distinto de los anteriores sólo se podrá fundamentar en el interés del menor de ser ale-

jado de su entorno familiar y social y requerirá en todo caso la aprobación del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida. En todo caso los menores pertenecientes a una banda, organización o asociación no podrán cumplir la medida impuesta en el mismo centro, debiendo designárseles uno distinto aunque la elección del mismo suponga alejamiento del entorno familiar o social.»

Treinta y ocho. El artículo 47 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 47. *Refundición de medidas impuestas*

1. Si se hubieran impuesto al menor varias medidas en la misma resolución judicial, y no fuere posible su cumplimiento simultáneo, el Juez competente para la ejecución ordenará su cumplimiento sucesivo conforme a las reglas establecidas en el apartado 5 de este artículo.

La misma regla se aplicará a las medidas impuestas en distintas resoluciones judiciales, siempre y cuando dichas medidas sean de distinta naturaleza entre sí. En este caso será el Juez competente para la ejecución quien ordene el cumplimiento simultáneo o sucesivo con arreglo al apartado 5 de este artículo, según corresponda.

2. Si se hubieran impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas.

El Juez, previa audiencia del letrado del menor, deberá proceder de este modo respecto de cada grupo de medidas de la misma naturaleza que hayan sido impuestas al menor, de modo que una vez practicada la refundición no quedará por ejecutar más de una medida de cada clase de las enumeradas en el artículo 7 de esta Ley.

3. En caso de que, estando sujeto a la ejecución de una medida, el menor volviera a cometer un hecho delictivo, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, dictará la resolución que proceda en relación a la nueva medida que, en su caso se haya impuesto, conforme a lo dispuesto en los dos apartados anteriores. En este caso podrá aplicar además las reglas establecidas en el artículo 50 para el supuesto de quebrantamiento de la ejecución.

4. A los fines previstos en este artículo, en cuanto el Juez sentenciador tenga conocimiento de la existencia de otras medidas firmes de ejecución, pendientes de ejecución o suspendidas condicionalmente, y una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de esta Ley.

5. Cuando las medidas de distinta naturaleza, impuestas directamente o resultantes de la refundición prevista en los números anteriores, hubieren de ejecutarse de manera sucesiva, se atenderá a los siguientes criterios:

a) La medida de internamiento terapéutico se ejecutará con preferencia a cualquier otra.

b) La medida de internamiento en régimen cerrado se ejecutará con preferencia al resto de las medidas de internamiento.

c) La medida de internamiento se cumplirá antes que las no privativas de libertad, y en su caso interrumpirá la ejecución de éstas.

d) Las medidas de libertad vigilada contempladas en el artículo 10 se ejecutarán una vez finalizado el internamiento en régimen cerrado que se prevé en el mismo artículo.

e) En atención al interés del menor, el Juez podrá, previo informe del Ministerio Fiscal, de las demás partes y de la entidad pública de reforma o protección de

menores, acordar motivadamente la alteración en el orden de cumplimiento previsto en las reglas anteriores.

6. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las previsiones del artículo 14 para el caso de que el menor pasare a cumplir una medida de internamiento en centro penitenciario al alcanzar la mayoría de edad.

7. Cuando una persona que se encuentre cumpliendo una o varias medidas impuestas con arreglo a esta Ley sea condenada a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal o en leyes penales especiales, se ejecutarán simultáneamente aquéllas y éstas si fuere materialmente posible, atendida la naturaleza de ambas, su forma de cumplimiento o la eventual suspensión de la pena impuesta, cuando proceda.

No siendo posible la ejecución simultánea, se cumplirá la sanción penal, quedando sin efecto la medida o medidas impuestas en aplicación de la presente Ley, salvo que se trate de una medida de internamiento y la pena impuesta sea de prisión y deba efectivamente ejecutarse. En este último caso, a no ser que el Juez de Menores adopte alguna de las resoluciones previstas en el artículo 13 de esta Ley, la medida de internamiento terminará de cumplirse en el centro penitenciario en los términos previstos en el artículo 14, y una vez cumplida se ejecutará la pena.»

Treinta y nueve. En el apartado 2 del artículo 49 se sustituye la referencia al artículo 14.1 por el artículo 13.1.

Cuarenta. El apartado 3 del artículo 50 tendrá la siguiente redacción:

«3. Asimismo, el Juez de Menores acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador.»

Cuarenta y uno. Los apartados 2 y 3 del artículo 51 pasan a ser los apartados 3 y 4. Los apartados 1 y 2 de dicho artículo tendrán la siguiente redacción:

«1. Durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente Ley.

2. Cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado. Igualmente, si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.»

Cuarenta y dos. El apartado 2 del artículo 52 tendrá la siguiente redacción:

«2. Si el Juez de Menores admitiese a trámite el recurso, el secretario judicial recabará informe del Ministerio Fiscal y, previa audiencia del letrado del menor, aquél resolverá el recurso en el plazo de dos días, mediante auto motivado. Contra este auto cabrá recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la presente Ley.»

Cuarenta y tres. El apartado 1 del artículo 53 tendrá la siguiente redacción:

«1. Una vez cumplida la medida, la entidad pública remitirá a los destinatarios designados en el artículo 49.1 un informe final, y el Juez de Menores dictará Auto acordando lo que proceda respecto al archivo de la causa. Dicho auto será notificado por el secretario judicial al Ministerio Fiscal, al letrado del menor, a la entidad pública y a la víctima.»

Cuarenta y cuatro. El apartado 1 del artículo 54 tendrá la siguiente redacción:

«1. Las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta Ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal.

La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia, acordadas por el Juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

La ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas, en su caso, por otros Jueces o Salas de Menores.»

Cuarenta y cinco. El artículo 64 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 64. *Reglas de procedimiento*

Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

1.^a Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

2.^a En la pieza de referencia, que se tramitará de forma simultánea con el proceso principal, podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el artículo 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

3.^a El secretario judicial notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.

4.^a Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales.

5.^a La intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos.»

Cuarenta y seis. Se modifica el apartado 3 de la disposición final tercera, que tendrá la siguiente redacción:

«3. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, a través de las correspondientes Consejerías, adecuarán las plantillas de funcionarios de la Administración de Justicia a las necesidades que presenten los Juzgados y las Fiscalías de Menores para la aplicación de la presente Ley. Asimismo, determinarán el número y plantilla de los Equipos Técnicos compuestos por personal funcionario o laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que actuarán bajo los principios de independencia, imparcialidad y profesionalidad.»

Disposición adicional única

Para dar cumplimiento al principio de lealtad institucional previsto en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, el Consejo de Política Fiscal y Financiera procederá a evaluar las obligaciones de gasto que, para las Comunidades Autónomas, pudieran derivarse de la aplicación de las disposiciones de la presente Ley Orgánica.

Disposición transitoria única. *Régimen transitorio*

1. Los hechos delictivos cometidos por menores hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación vigente en el momento de su comisión y las medidas impuestas se ejecutarán conforme a la legislación vigente en el momento de la comisión de los hechos. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el menor, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la medida que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y de la reforma contenida en esta Ley.

3. En todo caso, será oído el menor y su representante legal.

4. En relación con las sentencias firmes que estuvieren ejecutándose o pendientes de ejecución, el Ministerio Fiscal, tras recabar los informes correspondientes, instará, si procede, al Juez de Menores a revisar la sentencia y, en tal caso, le informará sobre los términos de la revisión. A continuación, el Juez de Menores oír al menor sancionado y a su letrado en relación con la revisión propuesta por el Ministerio Fiscal. Una vez practicada la audiencia, el Juez de Menores revisará la sentencia aplicando la ley más favorable.

El Juez de Menores también revisará la sentencia a instancias del letrado del menor, oído el Ministerio Fiscal.

5. Lo previsto por el apartado 2 del artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su redacción dada por la presente Ley Orgánica, no se aplicará a quienes cumplan medidas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

Disposición derogatoria única. *Cláusula derogatoria*

Quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica y, en particular, las disposiciones adicionales primera y cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Disposiciones finales

Disposición final primera. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*

Se modifican los artículos 433, 448, 707 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el artículo 433, que tendrá la siguiente redacción:

«Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación.

Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el Juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El Juez podrá acordar la grabación de la declaración.»

Dos. Se sustituye el último párrafo del artículo 448, que tendrá la siguiente redacción:

«La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.»

Tres. Se sustituye el último párrafo del artículo 707, que tendrá la siguiente redacción:

«La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.»

Cuatro. Se modifica el artículo 731 bis, que queda redactado como sigue:

«El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente,

cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

Disposición final segunda. *Entrada en vigor*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con excepción de su disposición final primera, que lo hará el día siguiente al de dicha publicación.

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

Contaminación acústica. ¿Delito de lesiones y/o coacciones o contra el medio ambiente?

(A propósito de la STS 24 de febrero de 2003, ponente Granados Pérez)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Catedrática de Derecho Penal

I. INTRODUCCIÓN

1. A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2003, parece consolidarse una línea jurisprudencial en la que se califica como delito medioambiental, del artículo 325 CP, supuestos de contaminación acústica, cuyos hechos se han desarrollado en hábitats urbanos (1). En todos los casos la conducta típica consistía en la existencia de locales de ocio que emitían ruidos que afectaban a la salud y libertad de personas que vivían en el mismo edificio o en edificios colindantes. En las diferentes resoluciones no se prueba que se haya afectado el equilibrio de los sistemas naturales, ni tan siquiera hipotéticamente condenando, sin embargo por este delito. Esta postura implica incluso algo más que una interpretación absolutamente antropocéntrica del medio ambiente puesto que no se trata de entender que el equilibrio de los sistemas naturales se protege

(1) Entre otras, SAP Palencia 9 de noviembre de 2000; SAP Tarragona 26 de enero de 2004; SAP León 17 de mayo de 2005 o AAP Castellón 3 de diciembre de 2004; SAP Barcelona (Sec. 3ª) 20 de marzo de 2006.

en tanto en cuanto su afectación perjudica al hombre sino de proteger, a través del delito medioambiental, directamente, derechos individuales de las personas. En estas resoluciones se llega a la conclusión de que la afectación de la salud de las personas a través del ruido, ciertamente una de las conductas típicas previstas en el delito medioambiental, unido a la infracción de disposiciones generales en la materia, ya es suficiente para realizar el tipo. Es decir, se trata de una interpretación literal del último inciso del artículo 325.1. CP, que califica como tipo agravado de delito medioambiental: «*Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas*». Esta postura implica la consideración de este último inciso no como una agravación sino como un delito autónomo, en el que no se requiere la afectación de los sistemas naturales. Supone la adopción de un concepto extensivo de medio ambiente que se orienta a la protección de la dignidad humana y la calidad de vida (2), que explica más la finalidad última que la concreta función del delito medioambiental (3). Por el contrario, un concepto restrictivo de medio ambiente circunscribe el objeto de protección al suelo, aire y agua con la finalidad de protección de los sistemas naturales en su conjunto (4), aun cuando, la finalidad última sea conservar las bases para la subsistencia de la especie

(2) Sobre esta concepción del medio ambiente ya se pronunció críticamente, TRIFFTERER, *Umweltrafrecht*, 1980, p. 23, esencialmente por su incapacidad para concretar el objeto de protección. En el mismo sentido, recientemente, JORGE BARREIRO, A., «El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento español* (Dir. Jorge Barreiro, Agustín), Ed. Comares, Granada 2005, pp. 4 s.

(3) En este sentido, STC 102/1995, FJ 4., al definir el concepto de medio ambiente, afirma: «*Como síntesis, el “medio ambiente” consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida*». Interpretación comprensible dada la concepción marcadamente antropocéntrica del medio ambiente prevista en el artículo 45 CE. Sobre el carácter antropocéntrico de la tutela constitucional del medio ambiente, *vid.* CORCOY BIDASOLO, «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica», en *Problemas criminológicos en las sociedades complejas* (Dir. Corcoy Bidasolo), ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2000, p. 64.

(4) En este sentido la doctrina penal mayoritaria, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, «La instrumentalización técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», *Estudios Penales y Criminológicos* V, 1980-1981, Santiago de Compostela 1982, pp. 200 s.; PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia 1984, p. 28; CONDE PUMPIDO TOURÓN, «Introducción al medio ambiente», en *El delito ecológico* (ed. Terradillos Basoco), 1992, p. 17; JORGE BARREIRO, A., *El bien jurídico protegido en los delitos...*, cit., p. 5.

humana (5). Desde esta concepción del medio ambiente, en la sentencia comentada se infringe el principio de lesividad puesto que la contaminación acústica probada en el caso enjuiciado no ha producido afectación del bien jurídico protegido en ese delito: el equilibrio de los sistemas naturales, ni tan siquiera concibiendo el precepto como delito de peligro abstracto (6). Desde mi punto de vista, se infringe, así mismo, el principio de utilidad, puesto que no es necesario forzar la interpretación del delito medioambiental para castigar estas conductas y, lo más grave, esta interpretación puede ser muy perjudicial respecto de la protección de las lesiones efectivas del equilibrio de los sistemas naturales (7). No olvidemos que la afectación de la salud de las personas, por cualquier medio, está tipificada a través de los delitos de lesiones, mientras que la afectación de la vida familiar y de la dignidad se castiga a través de los delitos contra la intimidad y contra la integridad moral. Por el contrario el equilibrio de los sistemas naturales o ecosistema sólo se protege penalmente a través de los delitos contra el medio ambiente. Ello supone defender una concepción ecocéntrica moderada, respecto del bien

(5) Cfr. SCHÜNEMANN, «Sobre la dogmática y Política Criminal del Derecho Penal del medio ambiente» (trad. M. Sacher del FS-Triffterer 1996), en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid 2002, p. 204; CORCOY BIDASOLO, «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa», en *Estudios de Derecho Penal Económico* (coords. Mir Puig/Modolell González/Gallego Soler/ Bello Rengifo), Ed. Livrosca, Caracas 2002, pp. 617 s.

(6) En este sentido, es importante poner de manifiesto que la misma STC 102/1995, que propugna un concepto estrictamente antropocéntrico de medio ambiente (*vid. supra* nota 3), cuando pasa a analizar el objeto de protección su postura es muy diferente, FJ 6, entiende que: «*hay dos bienes de la naturaleza, el aire o la atmósfera y el agua, cuyo carácter de recurso vital y escaso hemos reconocido (STC 227/1988) con una posición peculiar, en un primer plano. La pesca marítima o ciertos minerales fueron ya incluidos en este catálogo de recursos naturales, alguno como el carbón muy ligado al medio ambiente desde la misma actividad de su extracción (SSTC 147/1991 y 25/1989), así como la agricultura de montaña (STC 144/1985). No sólo la fauna, sino también la flora forman parte de este conjunto cuyo soporte físico es el suelo (y el subsuelo)... el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales, concepto menos preciso hoy que otrora por obra de la investigación científica cuyo avance ha hecho posible, por ejemplo, el aprovechamiento de los residuos o basuras, antes desechables, con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres «reinos» clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural*».

(7) Curiosamente la normativa pionera en materia medioambiental, la Ley 15/1975, de 15 de mayo, sobre Espacios Naturales Protegidos, no alude explícitamente al medio, al ambiente o al medio ambiente, pero proclama como finalidad suya «contribuir a la conservación de la naturaleza».

jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente, reconociendo la autonomía del bien jurídico-penal ecológico, de forma que su protección no está condicionada a la posible afectación de la vida o salud de las personas (8).

2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 9 noviembre 2000, confirmada por la STS 24 febrero 2003, objeto de este comentario, es un claro ejemplo de los problemas enunciados. Si analizamos la resolución se advierte que se han probado emisiones de ruidos, que infringen la Ordenanza Municipal de Palencia, de 19 de septiembre de 1996, y que como consecuencia de ello unos vecinos del inmueble sufren trastornos físicos y psíquicos. En ningún momento se hace referencia a la incidencia de estos ruidos en el aire y a la consecuente afectación del equilibrio de los sistemas naturales. Es más, para intentar justificar la incidencia de la conducta en los recursos naturales, en este caso la atmósfera, realiza una interpretación del término a través del diccionario de la Real Academia de la Lengua, en el sentido de que el concepto «atmósfera» es comprensivo «no sólo de la capa de aire que rodea la tierra, sino también del espacio a que se extienden las influencias de una persona, cosa o ambiente que rodea a éstas, así como de la capa gaseosa que rodea un cuerpo cualquiera, expresiones que abarcan lógicamente el espacio de una vivienda o edificio». De nuevo una interpretación no ya literal sino filológica de un elemento típico y contraria al sentido posible, atendiendo a la finalidad de protección y al contexto en el que el artículo 325 se refiere a la atmósfera, donde se la describe conjuntamente con «el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas». Podríamos, siguiendo las argumentaciones filológicas del Tribunal, afirmar que «suelo», en el sentido del artículo 325 CP, es también la acera de la calle o el parque de casa y, por consiguiente, afirmar que quien perfora la acera o quien utiliza un producto corrosivo en el parque no comete un delito de daños sino un delito contra el medio ambiente, puesto que «suelo» lo son también la acera y el parque (9).

(8) Cfr. SCHÜNEMANN, *Sobre la dogmática...*, cit., p. 220; KÜHL, «Antropozentrische oder nichtantropozentrische Rechtsgüter im Umweltrafrecht», en *Ökologische Ethik und Rechtstheorie* (Nida-Rümelin/von del Pfordten, Hrsg), 1995, p. 262; CORCOY BIDASOLO, «Problemas criminológicos...», cit., pp. 67 s.; FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente. Um quarto de século depois», en *Estudos em homenagem a Cunha Rodríguez*, Coimbra 2001; JORGE BARREIRO, A., «El bien jurídico protegido en los delitos...», cit., pp. 45 s.

(9) Si entramos en disquisiciones filológicas, es probable que, como propone un amplio sector de científicos, se sustituya el término medio ambiente o delito

3. En relación con la calificación jurídica de los hechos objeto del proceso, en la sentencia se acude, directamente, a calificar los hechos conforme al último inciso del artículo 325.1 CP, referido al «riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas». Considerar que este último inciso puede tener un significado autónomo, respecto del contenido del precepto, supone transformar el delito medioambiental en un delito de peligro para la salud de las personas. Con esta interpretación, por lo demás, se está obviando, en relación con la salud y libertad de las personas, que no estamos frente a un «riesgo» sino que en los hechos probados se relatan resultados de lesión de la salud de las personas, alteraciones psíquicas graves imputables a los ruidos, y coacciones, puesto que los vecinos afectados deben mudarse de su domicilio, contra su voluntad, para poder sobrevivir. Por consiguiente, la sentencia es incorrecta, tanto al calificar los hechos como delito contra el medio ambiente, siempre que no se adopte una postura puramente antropocéntrica, como por no calificarlos como delitos contra la salud de las personas, infracción de ley por inaplicación de los artículos 147 ss. CP. Por lo demás, con esta interpretación del último inciso del apartado primero del artículo 325, resulta que los delitos medioambientales más graves serán aquellos en los que se ponga en peligro la salud de las personas, aun cuando no exista una afectación del equilibrio de los sistemas naturales. En este punto no podemos olvidar que si bien el hombre puede ser y es víctima de los ataques al medio ambiente no menos cierto es que el autor de los delitos medioambientales es siempre el hombre, como mayor depredador de la naturaleza (10).

4. Dada la doble incongruencia, activa y omisiva, es necesario hacer algunas consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito contra el medio ambiente y sus consecuencias en relación con la interpretación, en concreto del artículo 325. También se hace imprescindible una reflexión sobre los delitos de lesiones, en general, respecto a la confusión entre el peligro y la lesión cuando efectivamente se ha producido ésta y, en particular, sobre el significado y

medioambiental por delito ecológico, cuyo significado se ajusta en mayor medida a la finalidad protección de los sistemas naturales. Término que en ocasiones es utilizado como sinónimo y que es el adoptado por la Ley Canaria 11/1990, de 13 de julio, de Prevención del impacto ecológico.

(10) En este sentido, *vid.* Ley Canaria 11/1990, de 13 de julio, de Impacto Ecológico, artículo 1. «Es finalidad de la presente Ley evitar y reducir la incidencia negativa que muchas actividades del hombre tienen sobre el entorno y sus elementos naturales o naturalizados, con especial atención a aquellas áreas que son más sensibles».

contenido de las lesiones psíquicas y de la tentativa de lesiones. Respecto al delito medioambiental, la discusión acerca del bien jurídico protegido como veíamos *supra*, proviene, al menos en parte, de la forma disfuncional y confusa en que el artículo 45 CE prevé la protección del medio ambiente, vinculándolo al desarrollo de la persona y a la calidad de vida. En relación con las lesiones la confusión entre riesgo y lesión, entre delito y falta de lesiones, entre resultado de lesiones y responsabilidad civil no es un problema que se haya planteado por primera vez con estas sentencias sino que está en el origen de muchos problemas que se suscitan diariamente en los Tribunales en la aplicación de estos delitos y, muy especialmente, en materia de violencia doméstica o de género.

II. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE ¿ABARCA LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

1. La protección penal del medio ambiente requiere atender, como punto de partida, a la razón por la cual se entiende necesaria la intervención penal y, en consecuencia, a cuál es la finalidad que la norma penal pretende –principio de exclusiva protección de bienes jurídicos–, así como a si esta protección es posible –principios de eficacia y utilidad–. Debemos preguntarnos, por consiguiente ¿qué se pretende proteger con la creación y aplicación de los delitos medioambientales?, con la finalidad de dotar de contenido propio al bien jurídico protegido en estos preceptos penales. En este mismo orden de cosas es indispensable determinar cuál es el objeto de protección que no es totalmente coincidente con el bien jurídico protegido. Asimismo, es importante analizar cuál es el contenido y alcance de las conductas típicas básicas y agravadas y, en concreto, la justificación de la agravación prevista en el último inciso del apartado primero del artículo 325 y las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito de esta clase.

2. En nuestro Derecho penal el delito medioambiental (11), aparece por primera vez en 1983, en cumplimiento del mandato del

(11) La terminología de delito contra el medio ambiente o delito medioambiental parecía más adecuada que la que tradicionalmente se estaba utilizando de delito ecológico por cuanto «ecología» es un término menos determinado y que abarca supuestos distintos del concepto medio ambiente. Sin embargo, vistas las consecuencias que en materia de contaminación acústica ofrece el término medioambiente deberíamos, a lo mejor, decantarnos de nuevo por la denominación de delito ecológico (*vid. supra* nota 9)

artículo 45.3. CE de recurrir a la tutela penal para dotar al ciudadano del derecho al ambiente, previsto en el mismo artículo 45.1. CE. Por consiguiente, el primer argumento a favor de la legitimidad de la intervención penal lo encontramos en este mandato constitucional. Mandato que, antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, dio lugar a la introducción en el Código Penal del artículo 347 bis, dentro de los delitos contra la salud pública. Ubicación que ya planteaba un primer problema de interpretación del bien jurídico protegido y que puede estar en el origen de la situación a la que nos enfrentamos en las sentencias objeto de este comentario. Su inclusión sistemática dentro de los delitos contra la salud pública y su redacción, al prever como uno de los posibles resultados típicos el peligro para la salud de las personas colaboró en la interpretación antropocéntrica del delito medioambiental por parte de la doctrina (12) y la jurisprudencia (13). En el Código Penal de 1995 aparece un nuevo Título XVI, donde se agrupan los «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio artístico y del medio ambiente». El delito medioambiental está recogido en el Capítulo III, artículos 325. y siguientes, aun cuando existen otros preceptos protectores del medio ambiente, en el Capítulo IV del mismo Título, protección de la flora y la fauna, y otros en distintos Títulos del Código Penal, entre los que cabría señalar, dentro de los delitos contra la salud pública el previsto en el artículo 365, entre los delitos de riesgo catastrófico, especialmente, los delitos de incendios forestales y de energía nuclear, artículos 341-344 (14), así como respecto de los llamados «otros delitos de riesgo» (arts. 348, 349 y 350), e incluso dentro de los delitos de manipulaciones genéticas, el artículo 160. CP, que se refiere a la producción de armas biológicas.

(12) Vid. entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, *Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente*, EPC V (1980-81), Santiago de Compostela 1982, p. 291; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, 1998.

(13) En este sentido se manifestó la primera sentencia del Tribunal Supremo por delito contra el medio ambiente, de 30 de noviembre de 1990 (Caso Cercs)

(14) En relación con la energía nuclear tenemos una primera resolución de la SAP Tarragona de 6 de marzo de 2000, en la cual se absuelve a los acusados por los problemas derivados del incendio que se declaró en la Central Nuclear de Vandellós, por entender que la infracción de las normas de seguridad nuclear no es suficiente para fundamentar la tipicidad, en base a que están tipificados como delitos de peligro concreto y no se probó la existencia de este peligro (estos razonamientos son hipotéticos porque por la fecha en que se produjeron los hechos, 19 de octubre de 1989, eran aplicables los artículos 84 a 90 de la Ley 25/1964, de Energía Nuclear, por ser más favorable al reo a tener previstas penas inferiores a las actuales).

3. Por Ley Orgánica 15/2003 se introduce un segundo apartado en el artículo 325 que, en una primera lectura, parece confirmar la tendencia iniciada en el último inciso del apartado primero, posibilitando entender que en el delito medioambiental se protege directamente la salud de las personas (15). Este nuevo precepto provoca, al mismo tiempo, una confusión si cabe mayor respecto de los delitos relativos a la energía nuclear puesto que la conducta típica del artículo 325.2. CP consiste en la emisión de radiaciones ionizantes en el suelo, el aire o el agua que produzcan muerte o enfermedad en las personas, conductas que tipificadas especialmente en los artículos 341 ss. CP. Ello no obstante, si se profundiza en este precepto se advierte que la previsión legal de castigar los hechos como concurso de delitos entre el artículo 325 CP y los delitos de lesiones u homicidios imputables a la conducta típica, supone que, para castigar por el artículo 325.2. CP, es necesario que la emisión de radiaciones ionizantes en el suelo, aire o agua sea idónea para afectar el equilibrio de los sistemas naturales. Esto es así puesto que lo contrario implica condenar a una pena de prisión de dos a cuatro años por un riesgo para la vida y la salud que ya se está castigando a través de los delitos de lesiones o/y homicidio, es decir, una infracción flagrante del principio de *ne bis in idem*.

4. Pienso que esta interpretación es también la única válida respecto del último inciso del apartado primero. Lo contrario supone obviar la finalidad de protección del medio ambiente en el artículo 325 CP, entendido como equilibrio de los sistemas naturales, que es lo único que legitima su existencia, puesto que la protección de la salud de las personas ya está suficientemente protegida en otros Títulos del Código Penal. En este sentido en el apartado 3. del Fundamento Jurídico 1, de la sentencia comentada, se afirma: «*El ruido aparece expresamente recogido en el artículo 325 del Código Penal de 1995, a diferencia del texto derogado, como una de las fuentes o medios que pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y consiguientemente la salud de las personas*». Por consiguiente, aun cuando en esta resolución finalmente se condena por delito medioambiental, exclusivamente, en base a la afectación de la salud de las personas, en sus Fundamentos de Derecho hace referencia expresa al perjuicio para el medio ambiente que, según sus

(15) En todo caso, hay que indicar que, cuando se escriben estas líneas, se ha presentado en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Reforma del Código Penal que propone la supresión de este segundo apartado

propios términos, debería concurrir siempre con o sin peligro para la salud de las personas para condenar unos hechos conforme al artículo 325 CP. Profundizando en este punto, en el mismo Fundamento de Derecho 6, se afirma que, en razón del principio de intervención mínima, *«La sanción penal debe reservarse, por consiguiente, para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido (el medio ambiente) en una situación de peligro grave, correspondiendo la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa»*. Es decir, de nuevo, al menos a nivel de declaración de principios, se acude al medio ambiente como bien jurídico protegido.

5. Pese a las consideraciones anteriores, cuando la resolución comentada se centra en el concreto objeto de debate, es decir, al tratar de la contaminación acústica que afecta a las personas se remite a diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional para justificar su calificación de los hechos objeto de la sentencia como delito contra el medio ambiente (16). Entiendo, sin embargo, que en las sentencias de referencia no se reconoce, en ningún caso, que haya existido infracción alguna contra el medio ambiente sino que tratan, exclusivamente, de la afectación de derechos fundamentales de la persona como lo son la intimidad, el

(16) En este sentido, en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se afirma que los ruidos vulneran el derecho al disfrute de su domicilio y al respeto de su vida privada y familiar, garantizados por el artículo 8 del Tratado de Roma, de 4 de noviembre de 1950 (LCEur 1986, 8), declarando su derecho a ser reembolsados de los perjuicios morales y materiales sufridos. *Vid.* STDEH 21 febrero 1990 (*Powell y Rayner c. Reino Unido*); STDEH 9 diciembre 1994 (*López Ostra c. España*); STDEH 19 febrero 1998 (*Guerra c. Italia*); STDEH 8 julio 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*).

El Tribunal Constitucional también ha examinado la afectación de derechos constitucionales a consecuencia de la contaminación acústica. Así, STC 119/2001, de 24 mayo (RTC 2001, 119), en la que se conoció de demanda interpuesta por quien se sentía perjudicada por las actividades desarrolladas en una discoteca sita en los bajos de la finca en la que residía, en el FJ 6, se declara que *«el derecho fundamental a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales»*. En sentido similar, STC 16/2004, FJ 3, afirma que los ruidos pueden afectar el derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 18.1 CE. Mientras que, en el FJ 4, señala que: *«cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido pongan en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)»*.

disfrute del domicilio, la vida familiar y la integridad física y moral y, en definitiva, el libre desarrollo de la personalidad. Es decir, estas resoluciones confirman lo evidente, esto es, que en nuestra sociedad el ruido es una fuente psicopatógica destacada y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos (17) y, por consiguiente, que es necesaria la protección de los ciudadanos frente a los ruidos (18). Lo que no se explica a partir de esta premisa

(17) Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas). La Comunidad Europea también ha dictado una serie de normativas dirigidas a que los Estados miembros regulen las emisiones de ruidos. En este sentido, Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002 (LCEur 2002, 1983), sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, señala en su Exposición de Motivos, que debe alcanzarse un grado elevado de protección del medio ambiente y la salud, y uno de los objetivos a los que debe tenderse es la protección contra el ruido; Directiva 70/157/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1970 (LCEur 1970, 16), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor; Directiva 77/311/CEE del Consejo, de 29 de marzo de 1977 (LCEur 1977, 108), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro en los oídos de los conductores de tractores agrícolas o forestales de ruedas; Directiva 80/51/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1979 (LCEur 1980, 20), relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas... En esta última se establecen como finalidades: *a)* proporcionar una base para desarrollar y completar el conjunto de medidas comunitarias existentes sobre el ruido emitido por las principales fuentes, en particular vehículos e infraestructuras de ferrocarril y carretera, aeronaves, equipamiento industrial y de uso al aire libre y máquinas móviles, y para desarrollar medidas adicionales a corto, medio y largo plazo; *b)* establecer métodos comunes de evaluación del ruido ambiental y una definición de los valores límite, en función de indicadores armonizados para calcular los niveles de ruido; *c)* Los Estados miembros determinarán las cifras concretas de todo valor límite, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la necesidad de aplicar el principio de prevención a fin de mantener espacios tranquilos en aglomeraciones; *d)* Los indicadores de ruidos comunes seleccionados son «Lden», para evaluar molestias, y «Lnight», para evaluar alteraciones de sueño; *e)* Los Estados miembros podrán emplear indicadores suplementarios para vigilar o controlar situaciones especiales de ruido.

(18) Por ello en la actualidad la distintas Comunidades Autónomas están promulgando normativa dirigida a la protección de los ciudadanos frente al ruido. En este sentido, Ley 16/2002 de la Generalitat de Cataluña, de 28 de junio (RCL 2002, 1884 y LCAT 2002, 513), de Protección contra la Contaminación Acústica; Decreto 78/1999, de 27 de mayo (LCM 1999, 299, 358), que regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid; Ley 7/2002, de 3 de

es el por qué la protección del libre desarrollo de la persona debe hacerse a través de los delitos medioambientales. Máxime cuando en la referida normativa la finalidad central es la evitación de trastornos para la salud física y psíquica de las personas y se define el ruido *«como contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que producen una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración puede resultar perjudicial para la salud de las personas»* (19).

6. Creo que, tanto en la sentencia que nos ocupa, como en las demás citadas, el recurso al medio ambiente proviene, en parte, de la idea de que se trata de «ruidos ambientales», es decir, el concepto «ambiente» con una acepción diferente de lo que es el «medio ambiente» o, desde mi punto de vista, de lo que debería entenderse por tal: los sistemas naturales. Es cierto que el hombre forma parte de la naturaleza pero no es menos cierto que el Derecho, no sólo el penal, protege de forma especial y específica las diferentes agresiones que pueden sufrir los derechos fundamentales de las personas, mientras que el medio ambiente, en sentido estricto, se protege exclusivamente a través de los ilícitos administrativos y los delitos contra el medio ambiente. El salto que supone el paso de la protección de los derechos fundamentales de las personas al medio ambiente se aprecia claramente en una frase de esta sentencia: *«Y ciertamente es así, en cuanto nada menos que están en juego los derechos de protección de la salud; a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos así como el equilibrio de los sistemas naturales»*. La ausencia de lógica se refrenda con un párrafo que encontramos a renglón seguido, al desarrollar la sentencia el concepto de gravedad como requisito para la legitimidad de la intervención penal: *«Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el artículo 325 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) –y antes el 347 bis– habrá que acudir, como dijo la citada sentencia 105/1999, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitu-*

diciembre (RCL 2003, 92 y LCV 2002, 428), de la Generalitat Valenciana, de Protección contra la Contaminación Acústica.

(19) Con esta redacción en la Ley de la Generalitat de Cataluña (RCL 2002, 1884 y LCAT 2002, 513).

cional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro». Requerir «tanto» la afectación de la calidad de vida de las personas «como» de los sistema naturales supone que no es suficiente la afectación exclusiva de los derechos de las personas. Sin embargo, en los párrafos siguientes se justifica la calificación de los hechos como delito medioambiental «exclusivamente» en la afectación de la intimidad, la vida familiar y la salud de las personas que habitaban el inmueble (20). Esta interpretación no puede calificarse como una visión antropocéntrica del medio ambiente, que significa la protección indirecta de la salud y vida de las personas a través de la protección de los sistemas naturales, sino como una utilización abusiva, o incluso podríamos decir fraudulenta, del delito medioambiental. *A sensu contrario*, desde la perspectiva de los delitos de lesiones es incoherente que se haga referencia continuada al «*serio peligro para la integridad física y psíquica, y la intimidad personal y familiar*», cuando realmente se están describiendo lesiones físicas y psíquicas consumadas (21).

(20) En el caso que examinamos, vistos los hechos que se declaran probados, como bien se razona por el Tribunal de instancia es indudable que los vecinos sufrieron lesión imputable a los ruidos, «... *los vecinos del inmueble afectados por el ruido procedente de la sala de fiestas han padecido, de forma reiterada y continuada durante fines de semana, puentes y víspera de fiestas, en un período aproximado de nueve meses, no sólo de una contaminación acústica que hay que calificar de grave y potencialmente peligrosa, sino que en este caso, además, esa gravedad se ha concretado en serio peligro para la integridad física y psíquica, y la intimidad personal y familiar, y es más, la afectación de los bienes jurídicos protegidos, antes mencionados, ha alcanzado tal intensidad por la conducta del acusado, como responsable de la sala de fiestas, que ha determinado en niños de pocos años problemas y alteraciones de sueño, irritabilidad, cambios de carácter, necesitando algunos de ellos tratamiento hipnótico, igualmente otros vecinos mayores de edad han precisado de tratamiento médico por cefaleas, irritabilidad, nerviosismo, alteración del sistema del sueño, insomnios y disminución de atención y rendimiento e incluso ha llegado a incrementar el número de brotes en un vecino que padece de esclerosis en placas, brotes que disminuyeron cuando se trasladó de domicilio, traslado que igualmente tuvieron que realizar otros vecinos. Por todo lo que se deja mencionado, el recurrente ha creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos del inmueble que pudieran resultar afectados por las inmisiones de ruido procedentes de la Sala de Fiestas de la que era responsable, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas. Se ha superado, pues, el umbral que separa el ilícito meramente administrativo del ilícito penal.*»

(21) *Vid.* nota anterior.

7. La decisión sobre el bien jurídico protegido tiene importantes consecuencias prácticas en la interpretación del artículo 325 CP, en relación con la eficacia de la protección penal en base a la posibilidad efectiva de aplicación de la regulación vigente, y, especialmente, respecto de calificar como delito medioambiental la contaminación acústica que afecta exclusivamente a la salud de las personas. La redacción del precepto es criticable en muchos aspectos pero, en particular, en lo referente al bien jurídico protegido sigue siendo ambigua, por cuanto, de su lectura se sigue una gran confusión sobre si es suficiente el peligro para la salud de las personas, sin constatarse el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, o si la constatación del peligro para la salud de las personas supone un tipo agravado, siempre y cuando, previamente se haya constatado la existencia de un peligro para el equilibrio de los sistemas naturales (22). De la literalidad del precepto es factible, e incluso diría la interpretación más ajustada a la letra de la ley, afirmar que habrá delito medioambiental incluso cuando no se pruebe la existencia de peligro para los sistemas naturales sino únicamente para la salud de las personas y además que el Código Penal considera más grave la contaminación de espacios naturales con peligro para la salud de las personas que con peligro para el equilibrio medioambiental, tal y como lo entiende la sentencia comentada (23). Sin embargo, desde una interpretación sistemática y teleológica, entiendo, que debe defenderse la postura contraria, en el sentido de que, para que exista delito contra el medio ambiente, será necesaria siempre la existencia de un peligro para el

(22) Estas críticas no suponen el rechazo a la protección penal del medio ambiente, en el sentido en el que se manifiestan, entre otros, MÜLLER-TUCKFELD, «Ensayo sobre la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 526 s.; HUERTA TOCILDO, «Principios básicos del Derecho Penal y artículo 325 del Código Penal», RP (8), julio 2001, pp. 51 s.; ni tan siquiera cabe aceptar las afirmaciones sobre su ineficacia, así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente», en *La reforma de la justicia penal. Estudios en Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castellón, 1997, p. 151. Sin embargo, admitir la necesidad y legitimidad de la protección del medio ambiente, la eficacia del artículo 325 CP, e incluso del antiguo artículo 347 bis, no significa que la regulación actual del delito contra el medio ambiente, pueda y deba ser mejorada, en este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Elogio del artículo 325 del Código Penal», en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente* (dir. Jorge Barreiro; coord. Cancio Meliá), Ed. Comares, Granada 2005, p. 265 s. y, en concreto, pp. 288 s.

(23) Por esta interpretación se decanta DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III. Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal*, AP núm. 14, 1998, p. 293.

equilibrio de los sistemas naturales y si además concurre peligro para la salud de las personas estaremos ante un tipo cualificado (24). Lo contrario supone convertir un ilícito administrativo contra el medio ambiente en delito medioambiental. Es decir, condenar por delito contra el medio ambiente en virtud de la concurrencia de peligro para la vida o salud de las personas, unido a la infracción de determinadas disposiciones medioambientales. Entiendo, por el contrario, que la condena exige la concurrencia de antijuricidad material, que requiere la prueba de que a la conducta típica, infractora de disposiciones generales en la materia, le es imputable objetivamente una afectación del recurso natural –lesión del objeto del delito– idónea para poner en grave peligro el equilibrio de los sistemas naturales –lesión del bien jurídico-penal–.

8. No es contrario a este planteamiento el amplio acuerdo que existe en la doctrina penal acerca de que siempre que concurra un peligro abstracto o concreto para la vida o la salud de las personas, a través de la afectación del medio ambiente, estará legitimada la intervención penal. Sin embargo, ello no implica la configuración del delito medioambiental como delito de peligro para la vida y la salud de las personas puesto que, con independencia de la discusión sobre la legitimidad de tal interpretación, se suscitan graves problemas respecto a la efectividad y la no arbitrariedad de la intervención penal. Los delitos de peligro, concebidos como delitos en los que mediatamente se requiere esa puesta en peligro de la vida y la salud plantean problemas jurídico-penales y político-criminales de difícil solución. Al concebir la antijuricidad material del delito medioambiental como peligro para la vida o la salud de las personas se plantean dos problemas: 1º En atención a la falta de lesividad sin requerir una puesta en peligro efectiva, «permite» interpretaciones jurisprudenciales en el sentido de que se trata de un delito de peligro hipotético (25), por lo

(24) En este sentido, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 4ª ed., Barcelona, 2002, pp. 623 s.; MORALES PRATS, «La estructura típica del delito ambiental», en *Derecho medio-ambiental de la Unión Europea* (coord. Picón Risquez), Madrid, 1996, p. 363 s.; PRATS CANUT, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares/coord. Morales Prats), 3ª ed., Ed. Aranzadi Pamplona, 2004, p. 1527; TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras», EPC, XIX, 1996, p. 301.

(25) Actualmente es esta la jurisprudencia mayoritaria, sino unánime, que se refleja también en la sentencia del TS de 24 de febrero de 2003, cuando afirma: «Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la inter-

que es suficiente con la peligrosidad de la conducta sin que *ex post* sea necesario probar las consecuencias de esa peligrosidad en relación con el equilibrio de los sistemas naturales (26). 2.º Se vacía de contenido material el delito medioambiental, impidiendo su diferenciación respecto del ilícito administrativo y se da la razón a quienes niegan su legitimidad. En la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2003, que comentamos, afirmada la naturaleza de peligro abstracto y la exigencia exclusiva de constatar la existencia de una conducta peligrosa «relajando los criterios de imputación objetiva», se requiere «probar la adecuación e idoneidad de la conducta para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales». ¿Cómo puede probarse la idoneidad sino es a través de valorar la incidencia de la conducta contaminante en el suelo, el aire o el agua? No puede justificarse la «relajación», tal y como se hace en la referida sentencia, en la dificultad de probar la imputación objetiva «cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión». Y no puede justificarse porque también es «incidencia» la agravación del deterioro y si realmente no puede ni tan siquiera afirmarse ésta, ello no justifica saltarse principios tan esenciales como el de lesividad.

9. Por lo demás, situaciones de esta naturaleza prueban la existencia de actuaciones ilícitas de la Administración puesto que sin su concurso, ya sea activo, otorgando licencias, u omisivo, no cumpliendo con su función inspectora, no sería posible llegar a situaciones de tan grave deterioro. En consecuencia, en estos casos, en los que no puede probarse la imputación de la afectación de un determinado recurso natural a una actividad concreta, en lugar de castigar a los particulares se debería actuar contra la Administración, máxime cuando el legislador ha tipificado expresamente conductas de esta naturaleza, a través del llamado delito de prevaricación medioam-

pretación acogida redundando indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción».

(26) CORCOY BIDASOLO, «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance...» cit., p. 613 s., se requiere la prueba de la incidencia de la contaminación en el suelo, aire o agua para valorar la afectación de los sistemas naturales supone dotar de contenido al tipo y sobre todo exigir la lesividad para el bien jurídico que debe concurrir en todos los delitos sea cual sea su naturaleza.

biental, previsto en el artículo 329 CP. No hay que olvidar, por otra parte, que ello no obsta a la imposición al particular de la correspondiente sanción administrativa, sanción que puede conllevar, junto a la multa, el cierre de la actividad. No hay que olvidar que, desde una perspectiva político-criminal, la necesidad de la intervención penal se justifica, en parte, por el hecho de que la realidad nos prueba que las contaminaciones y destrucciones del medio ambiente más graves se cometen en el seno de personas jurídicas y que en ellas, en mayor o menor medida y de una forma u otra, está implicada la Administración. En este sentido, la función preventiva de la intervención penal se fundamenta en la mayor eficacia disuasoria de la sanción penal porque las sanciones administrativas, generalmente pecuniarias, pueden ser integradas en los costes, no afectando de forma directa y personal a los responsables (27). Asimismo, y en relación con las implicaciones de la Administración en las contaminaciones y destrucciones graves determina que quién es parte en unos hechos no tenga interés alguno en investigar y sancionar esos comportamientos. Por consiguiente, sólo la intervención de la jurisdicción penal puede tener eficacia en la persecución de los atentados más graves contra el medio ambiente.

III. CONTAMINACIÓN ACÚSTICA Y DELITO MEDIOAMBIENTAL

1. Consecuentemente con lo desarrollado en el apartado II no es legítimo considerar como delito contra el medio ambiente la contaminación acústica en el sentido adoptado por la sentencia comentada y que lleva camino de convertirse en jurisprudencia unánime. Al igual que sucede con los «factores ambientales en el trabajo», uno de los aspectos importantes en la prevención de riesgos laborales, que nada tienen que ver con el medio ambiente concebido como protección de los sistemas naturales (28), tampoco en estos supuestos de

(27) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio-ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal», *Las Fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo Sancionador*, CDJ XI, 1997, se expresa en este sentido para legitimar la intervención penal en materia medioambiental.

(28) CORCOY BIDASOLO, «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance...» cit., pp. 624 s., en relación con las posturas que, tanto en España como en Alemania, introducen en el medio ambiente el llamado «medio ambiente interno», que afecta a la problemática de la prevención de riesgos laborales. En España, RODRÍGUEZ PIÑERO/BRAVO FERRER, «Medio ambiente y relaciones de trabajo», en *La Ley*

contaminación acústica hay relación con el medio ambiente sino con la salud de las personas e incluso, en un sentido más amplio, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a un entorno familiar adecuado. Ello no excluye que pueden darse, y de hecho se han producido, casos en los que el ruido provoca una afectación del equilibrio de los sistemas naturales, como sucedía por ejemplo con los aviones ultrasónicos que sobrevolaban las Bardenas Reales o lo que sigue sucediendo con los barcos de turistas en Canarias. Problema que ha sido abordado a través del control de esta actividad por parte de los Cabildos Insulares.

2. Del mismo modo se dan supuestos en los que coexisten factores de riesgo laboral con la afectación del equilibrio de los sistemas naturales, de lo que sería un ejemplo evidente el «Caso Seveso» y que, lo mismo, podría afirmarse respecto de la contaminación acústica. Por ello es adecuada la previsión de tipos agravados contra el medio ambiente, para los casos de concurrencia de afectación del equilibrio de los sistemas naturales con riesgo para la salud de las personas, en el sentido del artículo 325, al menos con la interpretación del último inciso del precepto que en esta sede se propone. La situación es diferente si, como se plantea en la sentencia comentada, se concibe este último inciso como un delito contra el medio ambiente agravado en el que no se requiere la afectación del equilibrio de los sistemas naturales. Es cierto que el hombre forma parte de éstos pero de ahí a afirmar que se afectan los sistemas naturales por la provocación de lesiones a través del ruido. Entiendo que, en esta dirección, podríamos llegar a afirmar que el envenenamiento de unos vecinos por una emisión de gas butano es un delito contra el medio ambiente. Ello no supone restar importancia a los ruidos ni a las lesiones provocados por ruidos sino únicamente tratar de encontrar el ámbito de aplicación adecuado de unos y otros delitos, así como considerar adecuado que constituya un tipo agravado de delito medioambiental cuando exista peligro para la vida o salud de las personas.

3. Por lo demás, siempre es posible la calificación de los hechos como concurso de delitos entre el delito contra el medio ambiente y delitos de lesiones y/o coacciones, cuando efectivamente éstas se

de Prevención de Riesgos Laborales (coord. Escudero Rodríguez), Málaga 1995, p. 649 s., fundamentan esta interpretación en el artículo 31.1.a) de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que alude al medio ambiente al referirse a los «factores ambientales de trabajo».

haya producido y sean imputables a la conducta contaminante. En estos últimos supuestos la discusión se plantearía respecto de si cabe aplicar el tipo agravado contra el medio ambiente en concurso con los delitos de lesiones y/o coacciones o, por el contrario, el tipo básico de delito medioambiental. Al respecto la cuestión que se suscita afecta al principio *non bis in idem* y la solución no es unívoca puesto que deben diferenciarse los supuestos en los que todas las personas puestas en peligro hayan resultado lesionadas de aquellos en los que existan personas que estuvieron en peligro y no resultaron lesionadas. El primer supuesto debería de calificarse como concurso de delitos entre el tipo básico de delito medioambiental y las lesiones y el segundo como concurso entre el tipo agravado y las lesiones.

4. En sentido diferente al aquí propuesto la sentencia comentada, al igual que las demás citadas (29), adoptan una postura exclusivamente antropocéntrica que no responde ni a las necesidades de protección del medio ambiente ni a una interpretación sistemática y teleológica del delito medioambiental, previsto en el artículo 325 CP. Pienso que la traslación directa, que en esta resoluciones se lleva a efecto, de la regulación del llamado, tanto en la normativa interna como en la comunitaria (30), «ruido ambiental al que están expuestos los seres humanos» concibiéndola como «ruidos», en cuanto conducta típica del artículo 325 CP no es de recibo. Si bien es cierto que la normativa relativa a la contaminación acústica hace referencia también a la afectación del medio ambiente no lo es menos que diferencia entre esa posible afectación de los sistemas naturales por el ruido y las molestias, riesgos o daños que los ruidos provoquen en las personas (31). Respecto de la normativa relativa al «ruido ambiental» hay que resaltar que en la Directiva 96/61 CE, del Consejo, sobre contaminación acústica, se afirma que «*se aplica al ruido ambiental al que estén expuestos los seres humanos*», lo que a su vez se recoge en la Ley 37/2003, del Ruido. Es decir, la normativa está dirigida prioritariamente a la protección de los seres humanos no del medio

(29) *Supra* nota 1.

(30) Así, por ejemplo, Dir. 2002/49 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Evaluación y Gestión del Ruido Ambiental y Ley 37/2003, del Ruido, que traspone la directiva anterior.

(31) Artículo 3.d), Ley 37/2003, del Ruido, define la contaminación acústica como la «*presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualesquiera que sea el emisor acústico que las origine, que implique molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos en el medio ambiente*».

ambiente. Sin embargo, las resoluciones objeto de este comentario, a partir de la existencia de ruidos, que infringen normativa sobre el ruido que afectan a personas, afirman que concurren los tres elementos típicos esenciales del delito medioambiental en cuanto: 1.º La conducta típica se realiza a través de una serie de actos productores de ruido. 2.º Infracción de normas extra-penales reguladoras del ruido. 3.º Creación de una situación de peligro para la salud de los perjudicados. Es decir, en definitiva la aplicación del tipo agravado del artículo 325 sin afectación del equilibrio de los sistemas naturales, obviando que el referido precepto tiene como objeto material el suelo, el aire y el agua, así como que requiere que las conductas típicas, entre las que se encuentra el ruido, sean idóneas para «*perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*».

IV. CONTAMINACIÓN ACÚSTICA COMO DELITO DE LESIONES

1. La regulación positiva y la interpretación y aplicación de los delitos de lesiones está directamente relacionado con la calificación de estos supuestos de contaminación acústica como delitos contra el medio ambiente y no como delitos de lesiones (32). En especial, la interpretación jurisprudencial de los requisitos legales de tratamiento médico y asistencia facultativa y la concepción de los delitos de lesiones no como «delitos de resultado», es decir, como delitos en los que no se describen las conductas típicas, sino como delitos cualificados por el resultado. Cualificación por el resultado proscriba en el Código Penal de 1995, en los artículos 5 y 10, por ser expresión de una responsabilidad objetiva que no cabe en un Derecho Penal que pretende ser democrático y garantista. Una de las graves consecuencias que se derivan de esta interpretación se aprecia en el hecho de que, para muchos operadores jurídicos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y sobre todo en la Fiscalía, no cabe castigar la tentativa de lesiones. Los argumentos, generalmente, son de dificultad de prueba respecto al concreto tipo de lesiones que se debería de aplicar

(32) No obstante, un importante sector doctrinal entiende como relativamente satisfactoria la actual regulación, con algunos pequeños reproches (en relación con la eficacia del consentimiento, básicamente); en este sentido, Díez RIPOLLÉS (DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, Título I a VI y faltas correspondientes*, Valencia 1998, pp. 323-325; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª, Valencia 2001, p. 107 s.

al no haberse producido el resultado o ser éste menor a lo que *ex ante* sería previsible. Las dificultades aludidas en ningún caso serán mayores que las que suscita la tentativa de homicidio, otro delito de resultado, y su diferenciación respecto de un delito consumado de lesiones. Por consiguiente, para la tentativa de lesiones serían de aplicación los mismos criterios interpretativos elaborados por la jurisprudencia en relación con la distinción entre tentativa de homicidio y lesiones. Dependiendo de la gravedad de la conducta, desde una perspectiva *ex ante*, es decir, atendiendo al lugar del cuerpo a donde se dirige la agresión, a los medios utilizados, a las circunstancias concomitantes... es factible determinar la calificación concreta de la tentativa de lesiones adecuada a cada caso, con independencia de la gravedad del resultado efectivamente producido. En la práctica, por el contrario, aun cuando la gravedad de la conducta haría previsible un resultado grave se entiende que cuando no se requiere tratamiento médico-quirúrgico estamos frente a una falta de lesiones (33).

2. Al respecto no olvidemos que, desde una perspectiva constitucional, la regulación prevista en el Código Penal de 1995, infringe el principio de proporcionalidad, desde el momento en que un hurto, a partir de 400 euros, constituye delito mientras una lesión que sólo requiere asistencia facultativa es falta. En el mismo sentido no es coherente que se castiguen los daños por imprudencia grave y no las lesiones leves por imprudencia grave. Por ello pienso que, de *lege ferenda*, la solución correcta es que cualquier conducta adecuada *ex ante* para provocar un menoscabo en la salud pueda ser calificada como delito, independientemente de cuál sea el concreto resultado producido. Por consiguiente, como falta deberían quedar, exclusivamente, los malos tratos, es decir, una bofetada leve, un empujón, un zarandeo... y las lesiones por imprudencia leve, aun cuando, en el delito de lesiones se prevea un tipo atenuado, en razón de la menor entidad de la violencia y/o del resultado, en la línea del actual artículo 147.2 CP. De esta forma las reformas operadas por LO 11/2003, 15/2003 y 1/2004, en relación con la «conversión» de la

(33) Excepción a esta situación la encontramos en la STS 13 octubre 2003, en la que tras señalar que «*nada se opone a la posibilidad teórica de la tentativa en el delito de lesiones. Será preciso acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos para el delito consumado excepto el resultado, que, por definición no ha sido alcanzado*», afirma que «*las lesiones pretendidas, de haberse efectivamente causado, hubieran precisado para su tratamiento médico o quirúrgico, lo que las sitúa en el ámbito del artículo 147.1 del Código Penal*». Esta calificación le posibilita además el condenar por tentativa de lesiones con la agravante de medio peligroso del artículo 148.1. CP.

falta de lesiones en delito, cuando los hechos se cometan en el ámbito de la violencia doméstica y de género, serían innecesarias y, además, se obviaría la posible inconstitucionalidad de estas reformas, en cuanto se entienda que infringen el principio de igualdad.

3. Esta propuesta solucionaría otro de los problemas con los que actualmente nos enfrentamos en los delitos de lesiones, desde el momento en que se interpreta, por la doctrina mayoritaria y unánimemente por la jurisprudencia, que el tipo agravado, previsto en el artículo 148 CP, se refiere exclusivamente al tipo básico de lesiones, artículo 147 CP (34), aun cuando esta no sea la única interpretación posible. En el mismo sentido en que actualmente se califican los hechos que antes se consideraban «homicidio preterintencional», podrían calificarse estos hechos como concurso ideal entre tentativa de delito de lesión agravado y falta de lesiones consumada. El mismo planteamiento sería de aplicación en relación con los tipos cualificados por la producción de resultados especialmente graves, por cuanto, en el supuesto de que el resultado no se produzca, pero fuera previsible *ex ante* que se produjera, deberían calificarse los hechos como tentativa de delito cualificado en concurso ideal con el delito de lesiones efectivamente producido (35). No obstante, tanto en el caso anterior como en éste, otra calificación posible sería la de tentativa del delito de lesiones más grave, puesto que entiendo que nos encontramos frente a un concurso de leyes, ya que ambos hechos son dolosos y el bien jurídico es el mismo. Es diferente la situación en el llamado «homicidio preterintencional» puesto que en ese caso los desvalores son distintos, uno doloso y otro imprudente, y no pueden consumirse el uno en el otro. Si entendemos que lo adecuado es calificar como tentativa de lesiones del tipo más grave, la lesión efectivamente producida se podría tomar en consideración en la determinación de la responsabilidad civil.

4. Con la regulación actual, aparte de los problemas mencionados, otra cuestión que en la práctica acarrea situaciones injustas es la distinción de los diferentes tipos a partir de que haya sido necesario tratamiento médico quirúrgico o asistencia facultativa, de que se haya

(34) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ/MELERO MERINO, «Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta», AP 1995.

(35) Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, «Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos? (Comentario a la STS 12 de noviembre de 1994)», ADPCP 1995, en relación con la tentativa de homicidio en concurso ideal con las lesiones efectivamente producidas.

inutilizado un miembro principal o no, de que se haya producido grave deformidad o enfermedad grave o leve... La técnica legislativa utilizada propicia la interpretación jurisprudencial de estos delitos como delitos cualificados por el resultado, puesto que lo determinante será el resultado producido y sólo en contadas ocasiones se tomará en consideración la ausencia de dolo o de imprudencia respecto del resultado efectivamente producido. *A sensu contrario*, es excepcional que se califiquen unos hechos como tentativa de delitos cualificados de lesiones si no se ha producido efectivamente el resultado cualificante, aun cuando se pudiera probar la existencia de dolo respecto de éste. Además, no existiendo criterios legales respecto de estos conceptos, y dada no sólo la diferente penalidad sino también las distintas consecuencias jurídico-penales según se califique de una u otra forma, ha conducido a que nos encontremos frente a una jurisprudencia casuística, produciéndose contradicciones entre las diferentes resoluciones judiciales (36).

5. Asimismo pienso que es necesario asumir que las lesiones psíquicas son «lesiones» con relevancia jurídico-penal ya que, pese a que legalmente hace ya más de una década que están tipificadas hay muy pocas condenas por lesiones psíquicas. Esta ausencia de condenas se debe, entre otras razones, al interpretar que la conducta a la cual se impute la lesión psíquica debe consistir en una agresión física no psíquica (37). Interpretación carente de soporte positivo puesto que en el tipo básico de lesiones no se determinan cuáles son las conductas típicas. La situación es anómala desde el momento en que en muchas ocasiones en las sentencias se aprecia que, como consecuencia del hecho delictivo, la víctima ha sufrido unos determinados trastornos psíquicos y, sin embargo, este resultado lesivo se valora exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad civil, tal y como sucede en la STS 24 febrero 2003, en esta sede comentada. Es cierto que en ocasiones las lesiones psíquicas no podrán imputarse penalmente a la conducta típica por la que se condena al autor por no concurrir responsabilidad subjetiva, en tanto en cuanto el autor no conocía ni tenía el deber de conocer que de su conducta podían derivarse trastornos psíquicos en la víctima, o por no ser imputables objetivamente, desde

(36) Cfr. CORCOY BIDASOLO, CDJ V, *passim*.

(37) En este sentido, la STS 786/1998, de 9 de junio, en el FJ 2, interpreta que en la redacción del actual artículo 147 CP, la lesión psíquica requiere «*que la causa primera de la lesión que menoscabe la salud mental requiera una incidencia corporal de la acción*».

una perspectiva penal (38). No obstante, y en particular en los supuestos de violencia doméstica y de género, en los que el autor a través de conductas, que examinadas aisladamente podríamos considerar casi irrelevantes, trata de minar la voluntad, la autoestima y la dignidad de la víctima, no sólo son imputables los trastornos psíquicos sino que son imputables a título doloso (39). Ello es así porque para que concurra dolo no es necesario que el sujeto se represente las consecuencias exactas de su conducta ni mucho menos que desee que la víctima sufra un determinada trastorno psíquico. Para calificar esta conducta continuada de vejaciones como lesiones psíquicas es suficiente con la voluntad de minar la autoestima de la víctima, máxime cuando generalmente el sujeto advierte directamente los efectos que su actuación está teniendo sobre la víctima.

6. Volviendo a la sentencia objeto del comentario, reviste una especial gravedad, tal y como ya se enunciaba *supra*, que habiéndose probado, como pocas veces se lleva a efecto, la existencia de lesiones consumadas, perfectamente identificadas y que son imputables, objetiva y subjetivamente, a la reiteración de ruidos se hable exclusivamente de riesgo para la salud. Subjetivamente entiendo que a título de dolo eventual, puesto que conocían perfectamente los efectos lesivos de su negativa a terminar con los ruidos que provocaban. Conocimiento que se prueba por la constatación de la existencia de quejas reiteradas en las que se comunica a los posteriormente condenados las consecuencias que están provocando, sin que pongan fin a los ruidos producidos en su ámbito de dominio. Situación que se repite, por ejemplo, en la SAP Barcelona (Sec. 3ª) 20 de marzo de 2006, que, en su FJ 1.C), afirma textualmente «*riesgo que en el presente caso se ha transformado, por desgracia, en concreto, produciendo constatadas lesiones en los perjudicados*», sin que ello conlleve la correspondiente condena por delito de lesiones.

(38) Sobre los problemas que suscita la imputación objetiva y subjetiva en las lesiones psíquicas, *vid.* STS 8 octubre 1999, FJ. 2. *Vid.* también, STS 30 octubre 1994, Caso «Secta Niños de Dios», en la que se niega tanto la imputación de los trastornos que sufren los niños a las actividades de la secta, negando así mismo la existencia de dolo.

(39) La aparente dificultad que observan los Tribunales para condenar en estos casos de violencia doméstica o de género, como lesiones psíquicas puede provenir de la STS 786/1998, de 9 de junio (citada en muchas sentencias tanto de primera como de segunda instancia), al requerir que las lesiones psíquicas se hayan producido por «*una incidencia corporal de la acción pues es evidente que el Legislador no ha querido convertir en delictivo cualquier comportamiento de malos tratos psicológicos*».

7. Es cierto que en el origen de estas resoluciones existe un grave problema de índole procesal, relacionado con el principio acusatorio. Desde el momento en que el procedimiento se abre por delito medioambiental y se acusa por el referido delito y no por lesiones, el Juez queda vinculado al objeto del proceso, aun cuando siempre tiene la posibilidad de plantear una tesis o, al menos, en segunda instancia, hacer referencia al problema con que se han encontrado. En este sentido, una sentencia de Juzgado Penal núm. 3 de Zaragoza, en un supuesto análogo al que en esta sede se comenta, condena por delitos contra el medio ambiente, coacciones y lesiones por imprudencia grave. Como en la sentencia comentada se trata de los ruidos provenientes de un bar que afectan a los vecinos de forma que deben cambiar de domicilio y sufren alteraciones psicológicas importantes. La diferencia estriba en que, en este supuesto, la acusación particular no sólo califica los hechos como delito medioambiental sino también como delito de lesiones y coacciones. Ello es así porque respecto de la existencia de delito contra el medio ambiente sigue, en todo momento, los criterios sentados en la STS 24 de febrero de 2003, aquí comentada.

8. Pese a condenar por lesiones, en esta Sentencia del Juzgado Penal núm. 3 de Zaragoza, se ponen de manifiesto muchas de los problemas que enunciaba respecto de las condenas por delitos de lesiones. Así, en primer lugar, en la línea de la jurisprudencia prácticamente unánime, al tratar la diferencia entre delito y falta de lesiones, se afirma taxativamente: *«La diferencia se encuentra en la necesidad o no necesidad, a parte de una primera asistencia facultativa, de un tratamiento médico y/o quirúrgico para obtener la sanidad»*. Sin analizar si *ex ante* la conducta era idónea para producir lesiones más graves y, por tanto, pese a no requerir tratamiento médico o quirúrgico, podía calificarse como tentativa. Es más, la propia acusación particular califica como delito de lesiones respecto de M.^a Ángeles y por falta de lesiones respecto de Germán, en atención a la gravedad de las dolencias que describió el forense. Más grave si cabe es la calificación de los hechos como lesiones imprudentes, cuando respecto del delito medioambiental se afirmaba sin ningún resquicio de duda que es *«autor doloso»* sin ninguna motivación suplementaria. Sin embargo, las lesiones se califican como imprudentes en base a que *«éste es imputado al infractor a título de imprudencia, en cuanto que el daño causado no era buscado ni asumido o aceptado»*. ¿Buscaba el «infractor» cometer un delito contra el medio ambiente? ¿Lo aceptaba? ¿A *sensu contrario*, sabía el infractor que los ruidos podían constituir un delito contra el medio ambiente? Lo único evidente es

que sabía de las dolencias que sufrían los vecinos del inmueble, lo cual es suficiente para afirmar la existencia de dolo, al parecer en cualquier delito, excepto en las lesiones, porque también se condena por coacciones, por supuesto dolosas sin ni tan siquiera plantearse su concurrencia.

9. Ciertamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2003 se suscitan muchas otras cuestiones que afectan también a la aplicación e interpretación del delito medioambiental. Aun cuando no sea posible entrar en profundidad a su análisis no quiero dejar sin mencionar las más relevantes. En este sentido, se suscitan dos problemas derivados de la actuación de la Administración, cuestión que se repite en las otras sentencias referenciadas. En primer lugar, se suscita la cuestión de la presunta infracción del principio *non bis in idem*, en base a la existencia de sanciones administrativas previas por razón de los ruidos, cuestión que ha sido objeto de discusión, precisamente en materia medioambiental, a raíz de la STC 197/1999 (40). Al mismo tiempo, surge la cuestión del por qué la Administración conociendo la reiterada infracción de la normativa sobre ruido y teniendo potestad para cerrar el establecimiento no lo hace. Problemática que conecta con la implicación de la Administración en los supuestos medioambientales más graves, a lo que también se hizo referencia *supra*. Por último, sin ánimo de exhaustividad, se plantea la discusión sobre el alcance del elemento normativo previsto en el artículo 325 CP, referente a la «*infracción de leyes o disposiciones generales en la materia*» y las implicaciones que tiene en relación con la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, muy especialmente por el alcance del término «disposiciones generales». Cuestión que merece un estudio monográfico, especialmente en ámbitos como el medio ambiente, en los que la competencia va desde la Comunidad Europea, a las entidades locales, pasando por el Estado y las Comunidades Autónomas.

(40) Cfr. CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal», AP núm. 8, 2000, *passim*.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 9.3

Retroactividad de la Ley penal más favorable

«La jurisprudencia de este Tribunal viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el artículo 25.1 CE y, de esta forma, su eventual defensa en esta vía constitucional (SSTC 14/1981, de 29 de abril, FJ 7; 68/1982, de 13 de mayo, FJ 3; 122/1983, de 26 de octubre, FJ 2; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7; 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2; 196/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 38/1994, de 17 de enero, y 177/1994, de 10 de junio, FJ 1; y ATC 226/1990, de 4 de junio, FJ 2). En efecto, como señalábamos en la STC 99/2000, de 10 de abril, si en el ámbito del Derecho penal *stricto sensu*, en el que en la mayor parte de las ocasiones está en juego el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), nuestra doctrina hasta el momento ha venido negando el encuadramiento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el artículo 25.1 CE, esto es, que dicho principio se integre en el contenido del derecho fundamental que en tal precepto se consagra, es claro que el apartamiento de esa doctrina resulta menos justificado “cuando, como aquí ocurre, de lo que se trata es de una sanción administrativa” (FJ 5; en el mismo sentido, ATC 241/2003, de 14 de julio, FJ 3).

Ciertamente, este Tribunal ha señalado en varias ocasiones que el artículo 9.3 CE, además de establecer la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, garantiza también, interpretado *a contrario sensu*, la retroactividad de la Ley penal o sancionadora más favorable (en este sentido, SSTC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3; 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7; 177/1994, de 10 de junio, FJ 1; 129/1996, de 9 de julio, FJ 3; y 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 2; AATC 876/1986, de 29 de octubre, FJ 2; 303/1989, de 5 de junio, FJ 2; 226/1990, de 4 de junio, FJ 2; 30/1998, de 28 de enero, FJ 7; y 146/1998, de 25 de junio, FJ 3). Sin embargo, también viene declarando reiteradamente que el artículo 9.3 CE, por imperativo de los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC, queda extramuros del amparo (entre muchas otras, SSTC 159/1997,

de 2 de octubre, FJ 2; 183/1997, de 28 de octubre, FJ 3; 71/1998, de 30 de marzo, FJ 4; 36/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 84/1994, de 10 de mayo, FJ 4; y 111/2001, de 7 de mayo, FJ 7), razón por la cual no cabe acudir a esta vía para denunciar, como aquí se hace, la inaplicación retroactiva de una norma sancionadora más favorable».

(STC 85/2006, de 27 de marzo. Recurso de amparo 2938/2001. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 4 de mayo de 2006).

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

«De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, SSTC 117/2004, de 12 de julio, FFJJ 2 y 3; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3) para que pueda apreciarse la vulneración del principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho es necesario: a) La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial en que casos sustancialmente iguales hayan sido resueltos de forma contradictoria. b) La identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley. c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo. d) El tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (entre otras muchas, SSTC 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3), respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia. Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones (por todas, la ya citada 117/2004, de 12 de julio), “lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (STC 201/1001, de 28 de octubre, FJ 2 y Sentencias en ella citadas)”. Por esta razón no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando puede constatare que el cambio de criterio se efectúa con vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que llevan a apartarse de sus decisiones precedentes o porque se deduzca de otros elementos de juicio externos, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (SSTC 117/2004, de 12 de julio, FJ 3, y 76/2005, de 4 de abril, FJ 2, entre otras muchas). A este respecto es de indicar que, de acuerdo con nuestra doctrina, a efectos de realizar el juicio de igualdad, únicamente pueden tomarse en consideración las resoluciones anteriores a la impugnada

(SSTC 100/1988, de 7 de junio, FJ 4; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 3 195/2000, de 24 de julio, FJ 5; ATC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5), ya que, como es obvio, sólo respecto de aquéllas pudo ésta apartarse del criterio seguido en otros casos, y es que, como declara la STC 100/1998, de 7 de junio, FJ 4, la doctrina de este Tribunal sobre el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales está referida “siempre a los criterios sustentados por éstos en sus resoluciones anteriores, por ser los que, conocidos por los justiciables, les sirven de garantía en razón de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) para esperar razonablemente las mismas soluciones para casos sustancialmente iguales”.»

(STC 339/2006, de 11 de diciembre. Recurso de amparo 7171/2003. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 16 de enero de 2007. En el mismo sentido, STC 54/2006, de 27 de febrero –«BOE» de 31 de marzo de 2006–; STC 58/2006, de 27 de febrero –«BOE» de 31 de marzo de 2006–; STC 115/2006, de 24 de abril –«BOE» de 26 de mayo de 2006–; STC 190/2008, de 19 de junio –«BOE» de 20 de julio de 2006–; STC 318/2006, de 15 de noviembre –«BOE» de 14 de diciembre de 2006–).

Derecho a la igualdad ante la ley. Baremos de accidentes de circulación

«a) La igualdad constitucionalizada en el artículo 14 CE es “la que impone que ante situaciones no disímiles la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades”, por lo que, realmente, “lo que este precepto constitucional impide es la distinción infundada o la discriminación” (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2; y 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; por todas).

b) El sistema de baremo introducido por la Ley 30/1995, con el objeto de resarcir los daños originados como consecuencia de la circulación de vehículos a motor, es acorde con el principio de igualdad, puesto que el mismo, según hemos resuelto en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11, “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 esa pluralidad de regímenes jurídicos especiales [además del que ahora nos ocupa, otros que la propia Sentencia cita, como el de la seguridad aérea, la nuclear, la protección de los consumidores y usuarios, etc.] 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”. Precisa esta misma STC 181/2000, a continuación, “que, con independencia del grado de acierto de esa decisión del legislador, la regulación legal se aplica por igual a todas las personas y en todas las circunstancias, sin que se constate la presencia de factores injustificados de diferenciación entre colectivos diversos” (FJ 11).

c) Resulta ajena, sin embargo, y tal y como ya se ha avanzado, al núcleo de protección del artículo 14 CE la denominada “discriminación por indiferenciación”. Hemos señalado, en efecto, que el principio de igualdad “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)” (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11; 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4; por todas)».

(STC 117/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 87/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 26 de mayo de 2006).

ARTÍCULO 15

Tratos inhumanos o degradantes

«Hemos calificado de tratos inhumanos o degradantes a aquellos que denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 7). Y con este sentido aparecen reflejados, para el concreto ámbito penitenciario, en el artículo 31 de las reglas mínimas de tratamiento de los reclusos adoptadas en 1955 por las Naciones Unidas, el artículo 37 de las Reglas penitenciarias europeas adoptadas por la Recomendación (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y, en nuestro ordenamiento, bajo la más genérica prohibición de “malos tratos” a los internos, que se contiene en el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria. Igualmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída a propósito del artículo 3 del Convenio (SSTEDH de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda c. Reino Unido*; 25 de abril de 1978, caso *Tyrer c. Reino Unido*; 25 de febrero de 1982, caso *Campbell y Cosans c. Reino Unido*; 7 de julio de 1989, caso *Soering c. Reino Unido*; 16 de diciembre de 1999, caso *V. c. Reino Unido*; 26 de octubre de 2000, caso *Kud_a c. Polonia*; 19 de abril de 2001, caso *Peers c. Grecia*; 15 de julio de 2002, caso *Kalachnikov c. Rusia*; y 4 de mayo de 2003, caso *Van der Ven c. Holanda*).

En relación con el concreto ámbito penitenciario hemos dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que “estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena” (SSTC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4; 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; 137/1990, de 19 de julio, FJ 7; y 150/1991, de 4 de julio, FJ 7). De otra parte, aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante “en razón del objetivo que persigue”, ello no impide que se le pueda considerar como tal “en razón de los medios utilizados” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4)».

(STC 196/2006, de 3 de julio. Recurso de amparo 943/2001. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 4 de agosto de 2006).

ARTÍCULO 17.1

Prisión provisional. Motivación y requisitos

«Desde la perspectiva del derecho a la libertad (art. 17 CE), y en relación con la incidencia de la prisión provisional en dicho derecho fundamental, hemos declarado que aquélla se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, y que la prisión provisional es una medida cautelar justificada, entre otras, por la necesidad de asegurar la presencia del inculcado en el juicio oral, y ese fundamento justificativo que traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad condicional, a su vez, su régimen jurídico. Por ello, la legitimidad constitucional de la prisión provisional

exige que su aplicación tenga como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y como fundamento, la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de la medida (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 44/1997, de 10 de abril, FJ 5; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3, y 14/2000, de 17 de enero, FJ 4). Ya se concretaba, en el fundamento jurídico 2 de la STC 128/1995, de 26 de julio, como constitutiva de estos fines, la conjura de ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso o para la ejecución del fallo que parten del imputado: su sustracción de la acción de la Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva, pero lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados, etc. Todos estos criterios ilustrarían, en fin, la excepcionalidad de la prisión provisional que tantas veces ha subrayado este Tribunal (STC 128/1995, FJ 2, por todas). En consonancia con lo anterior, es doctrina constitucional reiterada que para que la motivación de la resolución judicial que acuerde tal medida se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la Justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro), que constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo; 14/2000, de 17 de enero; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 164/2000, de 12 de junio; 165/2000, de 12 de junio, y 29/2001, de 29 de enero, FJ 3, entre las más recientes). Concretando dichas directrices, este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el Instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga (por todas, STC 8/2002, de 14 de enero, FJ 4), también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores [entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4.b), 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.a), 62/1996, de 16 de abril, FJ 5, y 33/1999, de 8 de marzo]. En suma, la medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito [por todas, STC 44/1997, de 10 de marzo, FJ 5.b)]. En cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia puede resumirse así: corresponde

en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (STC 40/1987, de 3 de abril, FJ 2), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley. No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional, determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución [STC 128/1995, FJ 4.b)]. La jurisdicción de amparo se ciñe, pues, a constatar si la fundamentación que las resoluciones judiciales exponen es suficiente (por referirse a todos los extremos que autorizan y justifican la medida), razonada (por expresar el proceso lógico que individualiza la aplicación de las exigencias constitucionales al caso concreto) y proporcionada (esto es, si ha ponderado los derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad)».

(STC 333/2006, de 20 de noviembre. Recurso de amparo 4554/2004. Ponente: Don Roberto García Calvo y Montiel. «BOE» de 20 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«En relación con la cuestión suscitada, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* en el artículo 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*, generando una consolidada doctrina, recogida, por citar alguna de las más recientes, 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), y que puede resumirse, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso primero del artículo 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente.

b) El procedimiento de *habeas corpus*, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realice 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 rele-

vancia 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 del *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*. Ahora bien, este Tribunal ha admitido el rechazo liminar en casos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o en casos 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 artículo 4 LOHC, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento), no procede acordar la inadmisión, sino examinar las circunstancias de aquella situación, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el artículo 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*. De ese modo no es constitucionalmente legítimo fundamentar la inadmisión de este procedimiento 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 *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación.

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del *habeas corpus*, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas, de tal modo que cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la solicitud de *habeas corpus* puede ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 LOHC, puesto que en tales condiciones no procede incoar el procedimiento. Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya ido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el artículo 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de *habeas corpus* contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente. En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de *habeas corpus* dirigidas contra ellas, las detenciones policiales, las detenciones o retenciones impuestas en materia de extranjería por la policía sin autorización judicial (como se recuerda en nuestra STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 3) o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares.

En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de *habeas corpus* basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del artículo 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus* serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales».

(STC 46/2006, de 13 de febrero. Recurso de amparo 7016/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 16 de marzo de 2006. En el mismo sentido, STC 29/2006, de 30 de enero, —«BOE» de 1 de marzo de 2006—; STC 93/2006, de 27 de marzo, —«BOE» de 4 de mayo de 2006—; STC 169/2006, de 5 de junio, —«BOE» de 7 de julio de 2006—; SSTC 201 a 213/2006, de 3 de julio, —«BOE» de 4 de agosto de 2006—; STC 250/2006, de 24 de julio, —«BOE» de 18 de agosto de 2006—; y STC 303/2006, de 23 de octubre —«BOE» de 28 de noviembre de 2006—).

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad en el ámbito de la publicación de Sentencias y actos procesales

«La necesidad de realizar esta ponderación y la identificación de los específicos intereses a tomar en consideración para justificar la excepción de la publicidad íntegra de la resolución viene siendo una práctica habitual de este Tribunal, en una labor que responde a criterios también seguidos por otros Altos Tribunales extranjeros, supranacionales e internacionales y, muy especialmente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, este Tribunal Constitucional, como ya se ha señalado en el ATC 516/2004, de 20 de diciembre, FJ 1, sin perjuicio del especial cuidado que muestra en no incluir en sus resoluciones ningún dato personal que no resulte estrictamente necesario para formular su razonamiento y el correspondiente fallo, en diferentes ocasiones y desde sus inicios, como demuestra la STC 31/1981, de 28 de julio, ha procedido a omitir la identificación de determinadas personas que aparecían mencionadas en sus resoluciones, bien atendiendo a la garantía del anonimato de las víctimas y perjudicados en casos especiales (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, o 127/2003, de 30 de junio); bien atendiendo el específico deber de tutela de los menores, tanto en supuestos de litigios relativos a su filiación o custodia (SSTC 7/1994, de 17 de enero, o 144/2003, de 14 de julio), procedimientos de adopción o desamparo (SSTC 114/ 1997, de 16 de junio; 124/2002, de 20 de mayo; 221/2002, de 25 de noviembre, o 94/2003, de 19 de mayo) como, de conformidad con el artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, en supuestos de ser acusados de hechos delictivos (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, o 30/2005, de 14 de febrero). Sin perjuicio de ello, también se ha destacado en la reciente STC 68/2005, de 31 de marzo, que “quien participa por decisión propia en un procedimiento público no puede invocar su derecho fundamental a la intimidad personal ni la garantía frente al uso de la informática (arts. 18.1 y 4 CE) por el mero hecho de que los actos del procedimiento en los que deba figurar su nombre sean, por mandato de la Constitución o con apoyo en ella, objeto de publicación oficial o de la publicidad y accesibilidad que la trascendencia del propio procedimiento en cada caso demande; ello sin perjuicio, claro es, de que

el contenido mismo de tales actos incorpore, eventualmente, datos que puedan considerarse inherentes a la intimidad del sujeto, supuesto en el cual sí operan, en plenitud, aquellas garantías constitucionales” (FJ 15)».

(STC 114/2006, de 5 de abril. Recurso de amparo 24/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 9 de mayo de 2006).

Derecho a la intimidad personal en el ámbito penitenciario

«Resulta indudable que el desnudo integral de la persona incide en el ámbito de su intimidad corporal constitucionalmente protegido, según el criterio social dominante en nuestra cultura SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5). Pero, por otra parte, debemos considerar que la intimidad personal no es un derecho de carácter absoluto (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7) y que, además de llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas, puede el propio titular de este derecho aceptar inmisiones en el mismo.

Así, el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar una limitación de la intimidad corporal. Tal limitación podrá ser acordada mediante resolución judicial motivada que satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, sin excluirse (debido a la falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4).

Siendo esto así por lo que respecta a los ciudadanos que gozan de una situación de libertad, la afectación del derecho a la intimidad en el concreto ámbito penitenciario puede llegar a ser más intensa. En efecto, este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5). Así, el artículo 68.2 del Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, contempla que “por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios”.

Al margen de tales supuestos cabe también que el consentimiento eficaz del sujeto particular permita la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2)».

(STC 196/2006, de 3 de julio. Recurso de amparo 943/2001. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 4 de agosto de 2006).

«La celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión

para la intimidad de quienes la sufren –“una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)– como también, por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar “ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere” (STC 89/1987, FJ 2).

El domicilio constituye un ámbito de privacidad “dentro del espacio limitado que la propia persona elige” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio “es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un “espacio apto para desarrollar vida privada” (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público.

Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término».

(STC 89/2006, de 27 de marzo. Recurso de amparo 6036/2002. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 4 de mayo de 2006).

ARTÍCULO 18.3

Intervención de las comunicaciones telefónicas. Plazo. Pruebas derivadas de una prueba obtenida con vulneración del derecho fundamental

«No precisa mayor discusión el hecho de que la medida judicial que acuerda la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones debe fijarle un límite temporal. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido que una previsión sobre la “fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida” esté recogida en la legislación española (cfr. SSTEDH *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998, § 59, y *Prado Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003, § 30), es evidente que tal cautela debe encontrar reflejo en la resolución judicial.

Tal límite se vincula a un lapso temporal (dejando de lado las matizaciones que esta doctrina presenta en el ámbito penitenciario –cfr. ATC 54/1999, de 8 de marzo–), delimitado por la fijación de una fecha tope o de un plazo. En el caso concreto la intervención se autorizó por el plazo de un mes. Por tanto, lo que se cuestiona es, precisamente, cómo se debe computar el plazo previsto en la resolución judicial y, más en particular, cuál debe ser su *dies a quo*. Mientras que los órganos judiciales que han conocido de la causa estiman plausible que dicho día sea aquél en el que se

produce efectivamente la intervención telefónica, el recurrente afirma que es el día en el que se dicta la decisión judicial que autoriza dicha intervención.

En anteriores 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.

(.../...). De otro lado, si en nuestra STC 184/2003, de 23 de octubre, afirmábamos, en línea con la citada jurisprudencia el 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 sea autorizada, o que la autorización quede conferida sin que la misma tenga lugar ni resulte 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 una resolución judicial (art. 18.3 CE), sin que la intervención de terceros pueda alterar el *dies a quo* determinado por aquélla.

(.../...)

Hemos de observar que: «Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la estimación de la denunciada vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) determina la prohibición, derivada de la Constitución, desvalorar todas las pruebas obtenidas directamente a partir de las referidas intervenciones telefónicas, puesto que desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo”, debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5, y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26, y 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4). Dicha prohibición afecta, en primer término, a las cintas en que se grabaron las conversaciones y sus transcripciones. Igualmente, de la declaración de la vulneración del mencionado derecho fundamental deriva la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas

mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita (por todas, SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 13, y 165/2005, de 20 de junio, FJ 9)” (STC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7).

A ello ha de añadirse que: “Para determinar si existe o no esa conexión de anti-juridicidad establecimos en la STC 81/1998, de 2 de abril, una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. ‘Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo’.

Por último, hemos afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo. Por ello, cuando no ha habido un pronunciamiento previo de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la posible conexión existente entre las pruebas viciadas por la vulneración del derecho fundamental y el resto de la prueba practicada, en sí misma no afectada por ese vicio, este Tribunal como regla general se ha limitado a declarar la vulneración del derecho sustantivo al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio, y a anular la Sentencia condenatoria, retrotrayendo las actuaciones, para que fueran los órganos judiciales los que resolvieran acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre las pruebas rechazadas y las restantes y sobre la suficiencia de estas últimas para sustentar la condena (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4, y 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6), salvo en supuestos en los que la claridad meridiana de los datos aportados al proceso de amparo y de los que se desprenden de las resoluciones judiciales le permiten ejercer directamente su control sin necesidad de reenvío (como afirmamos en la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 16)” (STC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7)».

(STC 26/2006, de 30 de enero. Recursos de amparo 623/2004, 958/2004 y 1311/2004 (acumulados). Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

Intervención de las comunicaciones telefónicas. Requisitos para adoptarlas

· «La intervención judicial de las comunicaciones integra una limitación del derecho al secreto de las mismas prevista en el propio texto constitucional (art. 18.3 CE).

Como en los demás supuestos de limitación de derechos fundamentales, constituye doctrina de este Tribunal la de que una medida de ese tipo debe sujetarse a parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos o bienes constitucionales. Ha de tratarse así de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante, que aquí equivale a la prosecución de una instrucción penal relevante: “la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede considerarse constitucionalmente legítima cuando ... se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad; es decir, cuando su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 299/ 2000, de 11 de diciembre, FJ 2). La comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de efectuarse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/ 2000, de 11 de diciembre, FJ 2)” y (STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9). Faltará en todo caso el carácter necesario de la intervención cuando la misma constituya “la primera medida de investigación penal, pues el juicio de necesidad, esto es, el carácter imprescindible de la medida como parte esencial del juicio de proporcionalidad, requiere ponderar la eventual existencia de medios alternativos de investigación” (STC 184/2003, FJ 9).

(.../...)

Como destacábamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, “el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos (caso *Klass*, § 51), o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional” (FJ 8).

Así, la decisión judicial debe “exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que justifiquen la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención, como lo son la imputación de un delito grave, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios en la posible existencia, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos. ... La precisión de los indicios es indispensable, como un *prius* lógico de los también obligados juicios sobre la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, pues su legitimidad constitucional exige que mediante la intervención de las comunicaciones telefónicas sea posible alcanzar el objetivo pretendido, que no exista una medida menos gravosa para su consecución y que el sacrificio del derecho fundamental reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes y derechos atendiendo la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre (STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4)” (STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 4).

Los indicios necesarios para la ponderación constitucional legitimadora de la medida limitativa “no son circunstancias meramente anímicas” (STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 4) sino que requieren su apoyo 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 se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona” (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; también, entre otras, STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 4; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 26/2006, de 30 de enero, FJ 6). Precisébamos en la STC 299/2000 que «la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella.

De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa” (FJ 5; también, SSTC 176/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5)».

(STC 146/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 2172/2004. Ponente. Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 8 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 104/2006, de 3 de abril, —«BOE» de 9 de mayo de 2006—; STC 136/2006, de 8 de mayo, —«BOE» de 8 de junio de 2006—; SSTC 219 y 220/2006, de 3 de julio, —«BOE» de 4 de agosto de 2006—; y STC 253/2006, de 11 de septiembre, —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

ARTÍCULO 20

Derecho a la libertad de expresión. Contenido y diferencia con el derecho a comunicar información

«En el ámbito de las libertades de expresión e información en relación con el derecho al honor, nuestro control no se limita a enjuiciar externamente la actuación de los órganos judiciales, examinando en términos de irrazonabilidad la ponderación por ellos efectuada, sino que hemos de verificar si dicha valoración respeta la posición constitucional de los derechos en juego (SSTC 200/ 1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 148/2001, de 27 de junio, FJ 3; 148/2002, de 15 de julio, FJ 3; 20/2002, de 28 de enero, FJ 3).

(.../...)

Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo, desde la STC 104/ 1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza 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” (SSTC 4/1996, de 19 de febrero; 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2).

Sin embargo, 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, y la “expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión” (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5).

(.../...)

De acuerdo con la misma, y en palabras de la STC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4, “el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues «así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43)”.

(.../...)

Por otra parte, la libertad de expresión, como también ocurre con la de información, adquiere especial relevancia constitucional cuando “se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derecho subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (STC 107/ 1988, de 8 de junio, FJ 2). Abundando en esta idea, hemos señalado que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 20/2002, de 28 de enero, FJ 5; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 9).

No obstante, en cualquier caso se sitúan fuera del ámbito de protección de dicho derecho las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/ 1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/ 2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/ 2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4). Quiere ello decir que de la protección constitucional que brinda el artículo 20.1.a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4 y, más recientemente, y por todas, SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 5)».

(STC 174/2006, de 5 de junio. Recurso de amparo 6998/2003. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 7 de julio de 2006).

Derecho a la libertad de expresión de Abogado en ejercicio del derecho de defensa

«La consolidada doctrina que sobre esta especial manifestación de la libertad de expresión ha sentado este Tribunal, y que aparece sintetizada, entre otras, en las SSTC 65/2004, de 19 de abril, FJ 2; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; 22/2005, de 1 de febrero, FJ 3; y 232/2005, de 26 de septiembre, 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)”.

Asimismo se recuerda en la citada doctrina (SSTC 65/2004, FJ 2, 197/2004, FJ 5, 22/2005, FJ 3, y 232/2005, FJ 3) que “la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso *Barfod*)”.

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 155/2006, de 22 de mayo. Recurso de amparo 199/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 22 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 299/2006, de 23 de octubre, —«BOE» de 28 de noviembre de 2006—; y 338/2006, de 11 de diciembre, —«BOE» de 16 de enero de 2007—).

Conflicto entre libertad de información y derecho al honor. Veracidad del contenido de la información. Reportaje neutral

«La doctrina de este Tribunal sobre la veracidad como característica necesaria de la información que constituye objeto del derecho fundamental garantizado en el artículo 20.1.d) CE en los términos en que lo han hecho recientemente las SSTC 54/2004, de 15 de abril (FJ 4), y 61/2004, de 19 de abril (FJ 4):

a) “En la doctrina de este Tribunal sobre la veracidad se parte de que este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 40/1992, de 30 de marzo; 232/1992, de 14 de diciembre; 240/1992, de 21 de diciembre; 15/1993, de 18 de enero; 178/1993, de 31 de mayo; 320/1994, de 28 de noviembre; 76/1995, de 22 de mayo; 6/1996, de 16 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 3/1997, de 13 de enero; 144/1998, de 30 de junio; 134/1999, de 15 de julio, y 192/1999, de 25 de octubre). La razón de ello se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988; 28/1996; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997; 144/1998). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; reiterada en las posteriores SSTC 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6, y 148/2002, de 15 de julio, FJ 5)”.

b) “Hemos señalado asimismo que esa diligencia no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, entre otras muchas). En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, señalando que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, ‘cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (240/1992, FJ 7; 178/1993, FJ 5; 28/1996, FJ 3; 192/1999, FJ 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5; 28/1996, FJ 3)’ (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 6; reiterados en la STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6). También debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo ‘la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia’ o ‘la transmisión neutra de manifestaciones de otro’ (STC 28/1996). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de

utilidad a estos efectos, como son, entre otros, los que se aluden en la STC 240/1992, de 21 de diciembre, y se reiteran en la STC 28/1996, de 26 de febrero, en concreto, ‘el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.’ (STC 21/2000, FJ 6)”.

c) “Finalmente hemos afirmado que no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).”

(.../...)

En la STC 54/2004, de 15 de abril (FJ 7) –que, por su parte, remite a la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4– ha declarado este Tribunal que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

“a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4.b)]”.

“b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido”.

Y, sobre esta base, “cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad. Como dijimos en la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4, ‘en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 144/1998, de 30 de junio, FJ 5)’; de este modo, la ausencia o el cumplimiento imperfecto de los señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria”.

(STC 53/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 2760/2006. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 31 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso

«a) Este Tribunal ha declarado de manera constante y reiterada, como se recuerda en las SSTC 73/2004, de 22 de abril (FJ 3), y 144/2004, de 13 de septiem-

bre (FJ 2), que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el artículo 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (STC 20/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y fijan los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer requisitos y límites al acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos, razón por la cual se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se obtiene una resolución que deja imprejuizada la acción o la pretensión ejercitada en el proceso, si está fundada en algún requisito o presupuesto legalmente establecido que impida entrar en el fondo del asunto (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6; 12/1998, de 15 de enero, FJ 4; 145/1998, de 30 de junio, FJ 2, entre otras).

De este modo el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7). También puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4 y las en él citadas).

(STC 327/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 7153/2004. Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 12 de enero de 2006).

«Uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión. Asimismo hemos mantenido, desde la STC 37/1995, 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 del principio *pro actione*, 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 122/1999, de 28 de junio, FJ 2, y 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

Por tanto, 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, mani-

fiestamente 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 79/2005, de 2 de abril, FJ 2, y 294/2005, de 21 de noviembre, FJ 2, por todas).

En efecto, en esta última hipótesis, al estar comprometida la obtención de una primera decisión judicial y, por tanto, el principio *pro actione*, el control de este Tribunal ha de ser más intenso, pues aunque no sea su función interpretar las normas procesales, sí lo es verificar que la interpretación efectuada por los órganos judiciales no resulta contraria a la Constitución (SSTC 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 7; 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 3, entre otras muchas). En este orden de cosas, debe recordarse que cuando se trata de acceder a la justicia, y por aplicación de dicho principio, este Tribunal ha de comprobar, en primer término, si existe la causa impeditiva del conocimiento del asunto y, en segundo lugar, si la interpretación que se haya hecho de la misma en el caso concreto contraviene el derecho fundamental, pues el rechazo de la acción con base en una interpretación restrictiva de las condiciones previstas para su ejercicio implica la vulneración del derecho que garantiza el artículo 24.1 CE (por todas, STC 236/2006, de 17 de julio, FJ 2)».

(STC 327/2006, de 20 de noviembre. Recursos de amparo acumulados 5732/2003 y 7859/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 20 de diciembre de 2006. En el mismo sentido, STC 267/2006, de 11 de septiembre, —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al recurso

«Por lo que se refiere a la supuesta lesión del derecho de acceso a los recursos de la recurrente conviene recordar (por todas, FJ 2 de la STC 225/2003, de 15 de diciembre) que este Tribunal viene manteniendo, en especial desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, que así como el acceso a la jurisdicción es un componente esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 121/1999, de 28 de junio, FJ 4; 43/2000, de 14 de febrero, FJ 3; 74/2003, de 23 de abril, FJ 3), salvo en lo relativo a las sentencias penales condenatorias. Como consecuencia de lo anterior, el principio hermenéutico *pro actione* opera en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, y no en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión, que “es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos” (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5). Siendo ello así porque el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal (reiterando la doctrina anterior, la STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 1, dictada por el Pleno del Tribunal).

De este modo, el control que compete a la jurisdicción constitucional no alcanza a revisar los pronunciamientos referidos a la inadmisión de recursos, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria, salvo en aquellos casos en los que la interpretación o

aplicación de los requisitos procesales llevada a cabo por el Juez o Tribunal, que conducen a la inadmisión del recurso, resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable, o incurra en un error de hecho patente entre otras muchas, SSTC 43/2000, de 14 de febrero, FJ 3; 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 181/2001, de 17 de septiembre, FFJJ 2 y 3; 74/2003, de 23 de abril, FJ 3).

Como ha vuelto a expresar recientemente este Tribunal (por todas, STC 158/2006, de 22 de mayo, FJ 4), según nuestra consolidada doctrina, cuando se alega el derecho de acceso a los recursos el control constitucional de las resoluciones judiciales que puede realizar este Tribunal es meramente externo y debe limitarse a comprobar si carecen de motivación (STC 63/1992, de 29 de abril, FJ 2), se apoyan en una causa legal inexistente (STC 168/1998, de 21 de julio, FJ 2), resultan infundadas, o han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 6/2001, de 15 de enero, FJ 3; y 112/2002, de 6 de mayo, FJ 2).

Esta visión restrictiva de las posibilidades de apreciar una vulneración del derecho de acceso a los recursos, que es la lesión que alega la demandante de amparo, debe ser, sin embargo, precisada con nuestra doctrina en relación con la indicación o advertencia errónea de recursos, que ha tenido un desarrollo reciente en el fundamento jurídico 3 de la STC 241/2006, de 20 de julio, reiterativo de la doctrina contenida en la STC 38/2006, de 13 de febrero, donde se afirma que no puede considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo la interposición por el demandante de amparo, cuente o no con asistencia letrada, de recursos o remedios procesales objetiva y manifiestamente improcedentes cuando la misma sea consecuencia de una errónea indicación consignada en la instrucción de recursos a que se refiere el artículo 248.4 LOPJ.

Ya en el fundamento jurídico 3 de la STC 244/2005, de 10 de octubre, en el que se reitera lo que tuvimos ocasión de decir en el fundamento jurídico 2 de la STC 79/2004, de 5 de mayo, afirmamos que se han de diferenciar los casos en que el órgano judicial omite toda indicación acerca de los recursos procedentes de aquellos otros supuestos en que no se trata de omisión judicial, sino de una indicación errónea o equivocada sobre la existencia o no de recursos.

Conforme se señala en la STC 107/1987, de 25 de junio, FJ 1, a la instrucción o información errónea acerca de los recursos “ha de darse mayor alcance que a la simple omisión, en cuanto que es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, error que hay que considerar como excusable, dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial”.

Ahora bien, se razona asimismo en la mencionada STC 107/1987, FJ 1 (recogiendo doctrina anterior, de la que son exponentes las SSTC 43/1983, de 20 de mayo, 70/1984, de 11 de junio, y 172/1985, de 6 de diciembre), que ‘si bien los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, esos efectos carecerán de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error sea también imputable a la negligencia de la parte, cuya apreciación habrá de tomar en consideración la muy diferente situación en la que se encuentra quien interviene en un proceso sin especiales conocimientos jurídicos y sin asistencia letrada y quien, por el contrario, acude a él a través de peritos en Derecho capaces, por ello, de percibir el error en que se ha incurrido al formular la instrucción de recursos. Esta doctrina, como hemos visto, ha sido matizada por el Tribunal, al menos cuando se trate de determinar la extemporaneidad de un recurso de amparo, puesto que, como se reitera en el fundamento jurídico 3 de la STC 241/2006, de 20 de julio, la instrucción o información errónea acerca de los

recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la *auctoritas* que corresponde a quien la hizo constar (STC 26/1991, de 11 de febrero), es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable ‘dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial’ (SSTC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 2; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 3), pues ‘si la oficina judicial [ha] ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables ... el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia’ ” (*ibidem*).

No se puede, por tanto, en todo caso, imputar a negligencia de la parte su pasividad cuando la misma es resultado de un error del órgano judicial pues, como declarábamos en la STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 2, “si la oficina judicial hubiera ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables o hubiera declarado firme, expresamente, la resolución y, por tanto, inimpugnable, en tal caso, el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia, inducido así a error que, por tanto, sería excusable (STC 102/1987) y no podría serle imputado porque ‘los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera del ciudadano’ (SSTC 93/1983 y 172/1985) (STC 67/1994, de 28 de febrero, FJ 3)”».

(STC 256/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 1928/2003. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 11 de octubre de 2006. En el mismo sentido, STC 265/2006, de 11 de septiembre –«BOE» de 11 de octubre de 2006–).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al recurso. Intervención letrada

«El carácter obligatorio de la intervención letrada supone que el derecho fundamental simultáneamente constituye un requisito del procedimiento, pero en ningún caso cabe transformar el contenido del derecho en una mera carga procesal hasta el punto de devenir en un obstáculo insalvable que impida el ejercicio de otro derecho fundamental, como es el acceso al recurso; por el contrario, la exigencia a la parte de tener un defensor acentúa la obligación de los poderes públicos de garantizar la efectiva designación de Letrado (SSTC 42/1982, 37/1988 y 216/1988). Por ello hemos afirmado que puede originarse una situación de indefensión constitucionalmente prohibida si no se suspende el curso del proceso hasta que al litigante carente de medios económicos le sea nombrado un Letrado por el turno de oficio (SSTC 28/1981 y 47/1987), y también que no es admisible hacer depender de una institución ajena a las partes el efectivo cumplimiento de los requisitos capaces de determinar, en su caso, la inadmisión de los recursos (SSTC 10/1990, 11/1990, 12/1990, 13/1990, 39/1990 y 99/1990)» (STC 12/1993, 18 de enero, FJ 1). Este Tribunal tiene declarado –como ha recordado el Ministerio Fiscal– que tanto la presencia del Procurador como la del Letrado son requisitos cuyo incumplimiento es subsanable, y sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte oportunidad para ello podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 130/2003, de 30 de junio, FJ 2 y las allí citadas).»

(STC 304/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 2162/2001. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 12 de enero de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

«El principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya finalizado por resolución firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (por todas, SSTC 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 141/2003, de 14 de julio, FJ 4; y 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4).

Ciertamente ese principio de invariabilidad no presenta carácter absoluto, admitiéndose la legitimidad de la existencia de excepciones en la doctrina de este Tribunal, en la medida que este derecho fundamental no comprende el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; y 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, entre otras).

Por lo que se refiere a las excepciones contenidas en el artículo 267 LOPJ nuestra doctrina ha efectuado algunas precisiones de distinta consideración. Por una parte, con carácter general, ha señalado que constituyendo la vía aclaratoria una excepción al principio de intangibilidad, este mecanismo ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido, así como que la figura de la aclaración debe ser objeto de una rigurosa interpretación restrictiva por su carácter de excepción frente al principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; 56/2002, 11 de marzo, FJ 4; 141/2003, de 14 de julio, FJ 5; y 190/2004, 2 de noviembre, FJ 3, entre otras).

Por otra parte, con carácter más singular, con relación a la actividad de “suplir cualquier omisión”, en la que dice fundarse la resolución impugnada en amparo, este Tribunal ha declarado que no debe suponer cambio del sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado (SSTC 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 141/2003, de 14 de julio, FJ 4; y 206/2005, de 18 de julio, FJ 3, entre otras).»

(STC 137/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 4272/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 8 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 177/2006, de 5 de junio —«BOE» de 7 de julio de 2006—; STC 231/2006, de 17 de julio —«BOE» de 18 de agosto de 2006— y STC 257/2006, de 11 de septiembre —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

«El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. Así, el derecho a la tutela

judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4).»

(STC 256/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 1928/2003. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 11 de octubre de 2006).

«Es doctrina consolidada que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE es la que se concreta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el Ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos como a que se respete su firmeza y la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su modificación o revisión a través de los cauces extraordinarios legalmente previstos para ello (SSTC 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 3; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 240/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; y 177/2006, de 5 de junio, FJ 3, entre otras). No obstante también hemos precisado reiteradamente que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurren en error patente ya que, en otro caso, el recurso de amparo se convertiría en una nueva instancia (SSTC 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 4; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 240/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; y 177/2006, de 5 de junio, FJ 3, entre otras).»

(STC 318/2006, de 15 de noviembre. Recurso de amparo 6371/2004 Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 14 de diciembre de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la doble instancia penal

«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). En tales supuestos, en efecto, en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia a favor del reo, resulta de aplicación el principio de interpretación *pro actione*, entendido como la interdicción de aquellas decisiones o actuaciones judiciales determinantes de la privación de dicha garantía esencial que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara despropor-

ción 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).»

(STC 158/2006, de 22 de mayo. Recurso de amparo 3283/2003. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 22 de junio de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. Motivación

«Por su parte, interesa destacar, en relación con la doctrina constitucional relativa a la obligación de motivación de las resoluciones judiciales, las siguientes declaraciones:

a) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción;

b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC 14/1991, 175/1992, 105/1997, 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (STC 165/1999, de 27 de septiembre), y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre);

c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).»

(STC 314/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 1977/2003. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 12 de enero de 2006. En el mismo sentido, STC 302/2006, de 23 de octubre —«BOE» de 28 de noviembre de 2006—).

«En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial jurídicamente motivada, este Tribunal tiene señalado 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; y 196/2003, de 1 de diciembre, FJ 6, entre otras muchas). 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. 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; y 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2, por todas). 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 y 100/2004, de 2 de junio, FJ 5, entre otras muchas).

Asimismo hemos declarado reiteradamente que la existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto 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 en virtud del artículo 117.1 y 3 CE (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3; y 119/2003, de 16 de junio, FJ 3, por todas) y 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 permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores y de 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 (por todas, SSTC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3).

En cuanto al alcance y los límites de la potestad de control de este Tribunal sobre la motivación de las resoluciones judiciales, hemos precisado también que el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental, como sucede en este caso, en el que en la vía judicial previa se denunciaba la vulneración del derecho a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE], con las limitaciones inherentes a la relación de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y los internos, en el marco normativo derivado del artículo 25.2 CE (por todas, SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 141/1999, de 25 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 29 de enero, FJ 3).»

(STC 2/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 3274/2001. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 15 de febrero de 2006. En el mismo sentido, STC 262/2006, de 11 de septiembre —«BOE» de 11 de octubre de 2006—; STC 276/2006, de 25 de septiembre —«BOE» de 26 de octubre de 2006—; y STC 331/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—).

«Es necesario recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos, ya sea favorable o adversa a sus intereses. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, deber que no queda cumplido con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, pues tanto si la aplicación de la legalidad es

fruto de un error patente como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería entonces una mera apariencia, lesionando, por ello, el derecho a la tutela judicial (SSTC 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Por ello, si bien es cierto que la aplicación de la legalidad corresponde exclusivamente a los Tribunales ordinarios (art. 117.3 CE) y que, por tanto, este Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para actuar como una instancia destinada a velar por la corrección interna de la interpretación jurisdiccional de la legalidad ordinaria, ello “no obsta para que, en determinados supuestos, pueda estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razonamiento puede eventualmente traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental” (SSTC 100/1987, de 12 de junio, FJ 4; 333/2005, de 20 de diciembre, FJ 2).

En particular, para examinar si un pronunciamiento judicial ha incurrido en un vicio de irrazonabilidad susceptible de tutela a través del recurso de amparo es necesario partir de la idea de que la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro, este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del discurso la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3).»

(STC 59/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 2553/2003. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 31 de marzo de 2006. En sentido similar y mismo «BOE», STC 60/2006, de 27 de febrero de 2006).

«Este Tribunal ha venido afirmando, en una reiterada y consolidada doctrina, que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso (SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 186/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; y 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

Naturalmente, de este derecho no están privadas las personas recluidas en los centros penitenciarios, cuyo derechos constitucionales reconoce expresamente el artículo 25.2 CE –que sólo excepciona aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio el sentido de la pena y la ley penitenciaria–, así como la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (art. 3 LOGP). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que la existencia de un régimen disciplinario especial en materia penitenciaria no implica que las personas recluidas en establecimientos penitenciarios se vean privadas, en los casos apropiados, de la protección del artículo 6 del Convenio de Roma (SSTEDH de 28 de junio de 1984, caso *Campbell y Fell* c.

Reino Unido; y de 9 de octubre de 2003, caso *Ezeh y Connors c. Reino Unido*). Por nuestra parte, hemos insistido con reiteración en la particular intensidad de las garantías exigibles en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre los internos penitenciarios, por cuanto cualquier sanción en este ámbito supone de por sí una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 4; 83/1997, de 22 de abril, FJ 2; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; o 165/2006, de 5 de junio, FJ 2).

La salvaguarda del ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos, preventivos o penados, compete primordialmente a las propias instituciones penitenciarias y, subsidiariamente, a los órganos jurisdiccionales, de un modo singular a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. En no pocas ocasiones hemos afirmado el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tienen dichos órganos judiciales, a los que corresponde no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias [art. 76.2.e) LOGP y art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ] sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, conforme dispone el artículo 76.1 y 2.g) LOGP (por todas, SSTC 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 5; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 1; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 5; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 52/2004, de 13 de abril, FJ 5).

Por ello, cuando el interno acude al Juez de Vigilancia Penitenciaria e impugna una sanción impuesta por la Administración penitenciaria, ejerce su derecho *ex* artículo 24.1 CE a promover la actividad jurisdiccional, que ha de ser satisfecho mediante la obtención de una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que, ciertamente, no tiene que ser favorable, pero sí congruente con lo pedido. Más aún, la exigencia de la necesaria respuesta a cuantas pretensiones se formulen en este ámbito cobra particular intensidad cuando estén fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales, ya que hemos declarado en distintas ocasiones que todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental requiere una respuesta expresa (entre otras muchas en el ámbito penitenciario, SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 6; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 153/1998, de 13 de julio, FJ 4; 104/2002, de 6 de mayo, J 3; 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 128/2003, de 30 de junio, FJ 6; 2/2004, de 14 de enero, FJ 2; 52/2004, de 13 de abril, FJ 5; y 165/2006, de 5 de junio, FJ 2).

No desconoce este Tribunal las dificultades en que deben desarrollar su actividad muchos órganos judiciales. Pero, como en otras ocasiones hemos dicho, por más que las lesiones constitucionales apreciadas hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica no puede llegar a alterar nuestro juicio de constitucionalidad (SSTC 7/1995, de 10 de enero, FJ único; 180/1996, 12 de noviembre, FJ 7; 109/1997, de 2 de junio, FJ 2; 223/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; y 160/2004, de 4 de octubre, FJ 5).

En este orden de cosas, hemos admitido en diversas ocasiones la licitud constitucional de la respuesta judicial estereotipada o producto de un formulario, en la medida en que peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, pues lo relevante es la existencia en la decisión de una motivación bastante para conocer los criterios jurídicos que fundamentan su parte dispositiva (SSTC 169/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 210/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 5). Pero no es menos cierto que la utilización de formularios o modelos impresos para

fundamentar las resoluciones judiciales puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del artículo 24.1 CE estén íntimamente relacionadas (como se subraya, por todas, en la STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4). Es precisamente desde esta perspectiva de la posible concurrencia de una incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial como hemos examinado en otras ocasiones denuncias análogas a la actual (SSTC 161/1993, de 17 de mayo, FJ 3; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 5; o 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 6).»

(STC 268/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 6806/2004. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 11 de octubre de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. Motivación de las Sentencias absolutorias

«Desde la Sentencia del Pleno de este Tribunal 169/2004, de 6 de octubre, no puede sostenerse que la motivación sea una mera formalidad prescindible en supuestos de absolución, y que la ausencia de motivación en la Sentencia del Jurado carezca de toda trascendencia, pues dijimos en la referida Sentencia: “En lo que aquí y ahora interesa hemos de concluir, pues, que la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el artículo 61.1.d) LOTJ constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el artículo 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integran en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante de la Ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6)”.

(.../...)

Esta obligación de motivar debe ser exigida con menos rigor cuando se trata de una Sentencia absolutoria, pues una garantía del proceso penal, como lo es la de motivación, se proyecta en este caso en contra de quien se halla bajo la cobertura de esa garantía, no obstante también ha sostenido este Tribunal en la Sentencia de Pleno antes citada (STC 169/2004, de 6 de octubre), que “las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que en las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el artículo 120.3 CE, es requerida ‘siempre’.

No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del por qué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las

Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad”.»

(STC 115/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 2573/2001. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 26 de mayo de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente

«Hemos declarado en doctrina constante que para que un error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que concurran varios requisitos: *a*) en primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada; esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; *b*) es necesario, en segundo lugar, que sea atribuible al órgano judicial; es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues, en caso contrario, no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el artículo 44.1.b) LOTC; *c*) en tercer lugar, ha de ser de carácter eminentemente fáctico, además de patente; es decir, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por conducir a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia; y *d*) ha de producir, por último, efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen de relevancia constitucional (por todas, SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 4; 55/2001, de 26 de febrero, FJ 4; 36/2002, de 11 de febrero, FJ 6; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 7; y 37/2006, de 13 de febrero, FJ 3; y todas las allí citadas).»

(STC 117/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 87/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 26 de mayo de 2006. En el mismo sentido, STC 263/2006, de 11 de septiembre –«BOE» de 11 de octubre de 2006–).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales

«Interesa recordar que, conforme viene señalando reiteradamente este Tribunal, el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurría la controversia procesal [de entre las más recientes, SSTC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3.a); 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3.a); 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.a); 103/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2.a); y 4/2006, de 16 de enero, FJ 3].

Por lo que se refiere específicamente a la incongruencia omisiva o *ex silentio*, hemos venido señalando que ésta tiene lugar cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las cuestiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. A estos efectos, este Tribunal ha venido distinguiendo entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pre-

tensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, y hemos subrayado que, si bien respecto de las pretensiones la exigencia de congruencia es más rigurosa, no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones formuladas, pudiendo ser suficiente a los fines del artículo 24.1 CE, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aun cuando se omita una contestación singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales [entre otras, SSTC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3.b); 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3.b); 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 2; 264/2004, de 20 de diciembre, FJ 7; 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2.b); 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.b); 103/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 193/2005, de 18 de julio, FJ 2; 250/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2.b); y 4/2006, de 16 de enero, FJ 3].

Ahora bien, como hemos señalado en la reciente STC 4/2006, de 16 de enero, aunque es cierto que no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el órgano judicial no dé respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones vertidas en el proceso, “el artículo 24.1 CE sí exige la consideración de las que sean sustanciales, de las que vertebran el razonamiento de las partes, al margen de que pueda darse una respuesta sólo genérica, y con independencia de que pueda omitirse esa respuesta, en cambio, respecto de las alegaciones de carácter secundario”. En efecto, el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva “no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Hiro Balani c. España* y *Ruiz Torija c. España* de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras” (FJ 3). En suma, “es igualmente obligado no omitir la consideración de las alegaciones concretas que resulten sustanciales para el caso y decisivas para el fallo. Esto es, cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia” (STC 4/2006, de 16 de enero, FJ 3).

Finalmente, conviene recordar que para que la incongruencia omisiva adquiera relevancia constitucional deben cumplirse dos requisitos: en primer lugar, que la cuestión cuyo conocimiento y decisión se dice que quedó imprejuizada haya sido efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno [SSTC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 7; 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2.a); y 4/2006, de 16 de enero]; y, en segundo lugar, que la omisión se refiera a cuestiones que, de haber sido consideradas en la decisión, hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado (por todas, SSTC 35/2002, de 11 de febrero, FJ 2; y 4/2006, de 16 de enero, FJ 3).»

(STC 85/2006, de 27 de marzo. Recurso de amparo 2938/2001. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 4 de mayo de 2006).

«Reiteradamente hemos sostenido que la denominada incongruencia *extra peti- tum* se produce cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema no incluido

en las pretensiones deducidas en el proceso y que adquiere relevancia constitucional cuando el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones “suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal” (STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 1), provocando la indefensión de las partes al pronunciarse la decisión judicial sobre temas o materias no debatidos oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando las alegaciones y argumentos que tuvieran por convenientes en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (por todas, entre las más recientes, SSTC 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3, y 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 3).

El juicio sobre la congruencia exige, por tanto, la confrontación entre la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos: lo pedido (*petitum*) y los hechos o la realidad histórica que sirve de razón o causa de pedir (*causa petendi*), y en relación con estos últimos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión (SSTC 29/1999, de 8 de marzo, FJ 2, o 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 2). Lo cual no significa que “el Juez deba 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, pues, por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar su fallo en los preceptos legales o en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; y, por otro, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones deducidas, tal y como hayan sido formalmente presentadas por los litigantes, de modo que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no haya sido formal o expresamente formulada, resulte implícita o sea consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso” (SSTC 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3, y 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 2).»

(STC 116/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 73/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 26 de mayo de 2006).

«La incongruencia procesal puede revestir tres modalidades. Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o *ex silentio* que tendrá lugar “cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución” (SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 5; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 5). La denominada incongruencia *extra petitum* se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae “sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción” (SSTC 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 8). La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos “en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el

motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta” (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; y 152/2006, de 22 de mayo, FJ 5).»

(STC 278/2006, de 25 de septiembre. Recurso de amparo 7222/2004. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 26 de octubre de 2006).

«Nuestra doctrina reiterada que mantiene que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el artículo 24.1 CE.

Como dijimos en la STC 52/2005, de 14 de marzo, “Tal vacío de tutela judicial con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de ‘la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo’, sino sobre el ‘desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes’ (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). se trata de un quebrantamiento de forma que provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia” (FJ 2).

Para que la incongruencia tenga relevancia constitucional este Tribunal viene exigiendo ciertos requisitos:

a) Que la cuestión fundamental no resuelta fuera efectivamente planteada ante el órgano judicial en el momento procesal oportuno (por todas, STC 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

b) Que la falta de respuesta se produzca, no ante cualquier cuestión, sino, en rigor, ante una pretensión, ante una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de determinada fundamentación o *causa petendi* pues “el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*. Cifrándonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre”, como recordábamos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo (FJ 2), con cita de las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero (FJ 3). Esta precisión sobre el objeto de la incongruencia constitucionalmente relevante “ha servido, en primer lugar, para poder constatarla en supuestos en los que sí hay respuesta judicial a la petición, pero en correspondencia a otro fundamento y con ello a otra pretensión. En segundo lugar, la constricción de la incongruencia omisiva relevante *ex* artículo 24.1 CE a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma, y en ellos puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones aportadas, cabiendo una respuesta global o genérica a todas ellas aunque se omita una consideración singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales” (STC 193/2005, de 18 de julio, FJ 3).

c) Que se produzca una falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta, como decíamos en la STC 52/2005, de 14 de marzo, “no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal –y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional– ‘es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita’ (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). En tal sentido ‘no se produce incongruencia omisiva prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo’ (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2)” (FJ 2).»

(STC 269/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 3035/2005. Ponente. Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 11 octubre 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener un sobreseimiento libre

«Este Tribunal ha reiterado que son cuestiones de legalidad ordinaria que, conforme a lo establecido en el artículo 117.3 CE, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales y, por tanto, sobre las que este Tribunal no pueda intervenir salvo que la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, irrazonable o manifiestamente infundada o bien producto de un error patente, tanto la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales exigidos para la obtención de un pronunciamiento en vía judicial, entre los que cabe incluir las cuestiones referidas a la legitimación y la correcta conformación de la relación jurídico-procesal (por todas, STC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 3), como las decisiones sobre si ha de dictarse o no un Auto de sobreseimiento y, si así fuera, con base en qué supuesto de los previstos en la ley (por todas, STC 63/2002, de 11 de marzo, FJ 3). También se ha destacado que, si bien un proceso penal puede concluir legítimamente en su fase preliminar por una resolución distinta de la Sentencia, no exista *ex lege* el derecho a un sobreseimiento libre, ya que desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva nada obsta a que, cuando así lo requiera o lo determine la naturaleza y las características del procedimiento seguido, éste pueda concluir mediante cualquier tipo de resolución judicial configurada legalmente al efecto, cuando ninguna tacha de orden constitucional pueda oponerse a su regulación legal (por todas, SSTC 40/1988, de 10 de marzo, FFJJ 2 y 3, ó 212/1991, de 11 de noviembre, FJ 4).»

(STC 72/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 5959/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Trempos. «BOE» de 18 de abril de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal

«Es procedente recordar la doctrina sentada por este Tribunal en relación con el canon de control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sentencias penales absolutorias, que recientemente reproducíamos en la STC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2.

Pues bien, de acuerdo con la referida doctrina, la víctima de un delito o, en este caso, de un falta, no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4, 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4, 215/1999, de 28 de diciembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7), sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (por todas, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4) y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 138/1999, de 22 de julio, FJ 5, 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, y 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas). Por ende, la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen.

Asimismo este Tribunal ha precisado que cuando el justiciable ha acudido a la vía penal como único medio de reacción contra derechos fundamentales sustantivos que considera lesionados y la jurisdicción penal, tras la sustanciación del proceso con plenas garantías, no ha dictado sentencia condenatoria, cabe acudir a este Tribunal para solicitar un pronunciamiento declarativo, previsto en el artículo 55.1.b) LOTC, sobre la existencia de la vulneración alegada del derecho fundamental sustantivo de que se trate. En estos supuestos, en caso de otorgarse el amparo, el pronunciamiento de este Tribunal se limitará, en efecto, a declarar la vulneración del derecho fundamental, sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la sentencia absolutoria firme impugnada (entre otras muchas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 148/2002, de 15 de julio, FJ 3).

Por el contrario, si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del *ius ut procedatur* en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absolutorio se fundamenta en la vulneración de derechos procesales garantizados en el artículo 24 CE, entonces sí es procedente, en caso de otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquél en que se produjo la lesión estimada. Pues, en efecto, la mencionada imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de sentencias penales absolutorias “no ha de entenderse referida a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales” (por todas, SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7; y 4/2004, de 16 de enero, FJ 5).

En aplicación de esta doctrina, hemos efectuado pronunciamientos de anulación y retroacción, entre otros casos, por haberse inadmitido una prueba de la acusación relevante y decisiva cerrándose la causa sin practicarla (STC 116/1997, de 23 de junio), por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin haber tenido lugar el juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo y versando exclusivamente la apelación sobre si el apelante era o no titular de acción penal contra su cónyuge (STC 168/2001, de 16 de julio), o por haberse fallado la apelación penal sin haber resuelto sobre la solicitud de prueba presentada por la acusación al impugnar el recurso de apelación (STC 81/2002, de 22 de abril).»

(STC 12/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 6533/2002. Ponente. Don Roberto García Calvo y Montiel. «BOE» de 15 de febrero de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal. Motivación del Auto de sobreseimiento y archivo

«Conforme la reiterada doctrina de este Tribunal, la Constitución no reconoce ningún derecho fundamental a obtener condenas penales. En consonancia con ese planteamiento, este Tribunal ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (por todas, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4; 81/2002, de 22 de abril, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4).

También hemos afirmado reiteradamente que la decisión judicial de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por todas, SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 2; 203/1989, de 4 de diciembre, FJ 3; 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 1; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4).

Y en cuanto a la referida exigencia de motivación, este Tribunal ha señalado, específicamente en relación con las decisiones de sobreseimiento y archivo de causas penales, que la misma no obliga constitucionalmente al Juez o Tribunal a efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado, sin que el recurso de amparo constituya una vía idónea para el enjuiciamiento o censura de la parquedad o concisión del mismo. Basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico, sin que sea necesario el análisis pormenorizado de los elementos integrantes del tipo o tipos penales por los que se formula una querrela

(SSTC 150/1988, de 15 de julio, FJ 3; 238/1988, de 13 de diciembre, FJ 2; 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 3; 191/ 1992, de 16 de noviembre, FJ 2). Por lo demás, “lejos de criterios de pretendida validez universal, la suficiencia de una concreta motivación sólo puede ser examinada y enjuiciada casuísticamente a la luz de las peculiares circunstancias concurrentes” (STC 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 2).

Por último, hemos de recordar que la técnica de la motivación por remisión es constitucionalmente admisible con carácter general (por todas, SSTC 146/1990, de 1 de octubre, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2; 7/ 2004, de 9 de febrero, FJ 5; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10) y, en concreto, la remisión a informes del Ministerio Fiscal, incorporándose así al contenido de las resoluciones judiciales (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 3).»

(STC 176/2006, de 5 de junio. Recurso de amparo 1454/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 7 de julio de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una decisión favorable

«El derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en el derecho a obtener una decisión favorable y no llega ni siquiera a garantizar el acierto de la resolución adoptada en cada caso, ni a excluir eventuales errores en el razonamiento desplegado, aspectos que integran cuestiones de estricta legalidad ordinaria. El derecho a la tutela judicial tan sólo garantiza el derecho a obtener, cuando se cumplan los requisitos procesales correspondientes, una resolución de fondo, que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en Derecho, sobre las pretensiones de las partes, con independencia de que ésta sea favorable o desfavorable a los intereses de la parte recurrente (SSTC 106/2005, de 9 de mayo, FJ 3, y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3, por todas).»

(STC 7/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 1431/2002. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 15 de febrero de 2006. En el mismo sentido, STC 117/2006, de 24 de abril –«BOE» de 26 de mayo de 2006–).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Reforma peyorativa en apelación por la propia interposición del recurso

«La denominada reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 232/2001, de 10 de diciembre, FJ 5).

Desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Es, además, una proyección de la congruencia en el

segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4), pues de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3).

A lo anterior cabe añadir, siempre de acuerdo con nuestra doctrina, que es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para el recurso de casación a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso, cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal que es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 84/1995, de 5 de junio, FJ 2; 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 6/1987, de 28 de enero, FJ 2; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 19/1992, de 14 de febrero, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 16 de enero, FJ 5; 200/2000, de 24 de julio, FJ 2). Lo cual agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio “aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal”, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso “para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la instancia” (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5).

Y de forma expresa y reiterada hemos aplicado la anterior doctrina a la fase de apelación dimanante, como en este supuesto, de un previo juicio de faltas (SSTC 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 202/1988, de 31 de octubre, FJ 3; 182/1991, de 30 de septiembre, FJ 4; 56/1992, de 8 de abril, FJ 2; y 16/2000, de 16 de enero, FJ 5, entre otras).»

(STC 310/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 4542/2002. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 12 de enero de 2006).

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” (entre otras muchas, SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3; y 224/2005, de 12 de septiembre, FJ 2).

Ello no obstante, también hemos afirmado que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existiría infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; y 71/2005, de 4 de abril, FJ 3).

En tal sentido hemos señalado igualmente que para que un Tribunal de apelación pueda apartarse de las calificaciones de los hechos propuestas por la acusación se requiere el cumplimiento de dos condiciones: *a)* que exista identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, debatido en el juicio contradictorio y declarado probado en la Sentencia dictada en instancia constituya el soporte fáctico de la nueva calificación; y *b)* que pueda considerarse que existe homogeneidad entre el delito por el que se dictó Sentencia condenatoria en instancia y el delito por el que se ha condenado en apelación, entendiéndose que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse (por todas, SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 5; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.a); 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; y 71/2005, de 4 de abril, FJ 3).»

(STC 266/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 6185/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 11 de octubre de 2006. En el mismo sentido, STC 347/2006, de 11 de diciembre –«BOE» de 16 de enero de 2007–).

«Hemos sostenido reiteradamente en anteriores resoluciones que “forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación”, derecho que encierra un “contenido normativo complejo” cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria [SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.a); 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2]. Esta exigencia se convierte así en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Hemos señalado también que, a efectos de fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener “los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito”, que es lo que ha de entenderse «por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa» (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Por eso no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 9/1982, de 10 de marzo, FJ 1; 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 2; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7;

358/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5; y 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3).»

(STC 299/2006, de 23 de octubre. Recurso de amparo 5876/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 28 de noviembre de 2006. En el mismo sentido, STC 284/2006, de 9 de octubre –«BOE» de 16 de noviembre de 2006–).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la asistencia letrada

«Debe recordarse al respecto que, en relación con la denegación de asignación de un Letrado de oficio, “para estimar que se ha producido una vulneración del derecho a la asistencia letrada ha de constatarse que se ha producido indefensión material. En efecto, debe señalarse que este Tribunal, en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sustentada, entre otras, en las Sentencias de dicho Tribunal de 9 de octubre de 1979 (caso *Airey*) y de 25 de abril de 1983 (caso *Pakelli*), ha señalado que, desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del artículo 24.2 CE. Para que esto suceda es necesario que la falta del Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, es decir, que se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa (por todas, SSTC 161/1985, de 17 de diciembre, FJ 5; 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3, y 101/2002, de 6 de mayo, FJ 2)” (STC 145/2002, de 15 de julio, FJ 3).»

(STC 20/2006, de 30 de enero. Recurso de amparo 6436/2002. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

Derecho a la asistencia letrada del detenido e imputado. Derecho a la libre designación de Abogado

«Con arreglo a la doctrina de este Tribunal [STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 1.a)], “es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el artículo 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el artículo 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido”; de modo que esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, y arts. 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP), no permite asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los artículos 17.3 y 24.2CE (en sentido similar desde las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 165/2005, FJ 11.a)].

(.../...) Como hemos manifestado en la ya citada STC 165/2005, de 20 de junio, citando anteriores pronunciamientos de este Tribunal, “el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del artículo 10.2 CE de acuerdo con el artículo 6.3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las liber-

tades públicas, y con el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3; 7/1986, de 21 de enero, FJ 2; 12/1993, de 18 de enero). Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas del Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.b); 105/1999, de 14 de junio, FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 130/2001, de 4 de junio, FJ 3) [FJ 11.b)].

(.../...)

El fundamento que sostiene la idea de que no existe vulneración del derecho a la asistencia de Abogado si la asistencia técnica ha sido efectiva fue establecida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso *Artico c. Italia*, parágrafo 33), y tenía por finalidad dotar de contenido material la garantía dispuesta en el artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estableciendo que no basta con la designación de Abogado de oficio para considerar salvaguardado el derecho, sino que es preciso que el Abogado de oficio asista efectivamente al procesado y que ejerza de modo efectivo la defensa. En este sentido, la efectividad de la defensa y de la asistencia ejercida, en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el artículo 6 CEDH y el artículo 24.2 CE, constituye una garantía complementaria a la obligación de nombramiento del Abogado de oficio, pero no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por el demandante de amparo de designar un Letrado de su elección y justificarla asignación de un Letrado de oficio, produciendo una restricción injustificada, sin apoyo legal para ello, del derecho a la libre designación de Abogado. La asistencia letrada, libremente designada o asignada de oficio, se configura, en ciertos casos, tanto en el artículo 6.3.c) CEDH como en los preceptos de la Ley procesal que desarrollan las exigencias del artículo 24.2 CE, además de como un derecho subjetivo, como una institución dirigida a asegurar las debidas garantías del proceso (por todas, STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2); de modo que constituye una exigencia estructural del proceso a cuya observancia quedan obligados los órganos judiciales.

Ahora bien, la libre designación de Abogado, salvo muy excepcionales circunstancias que permitan su restricción, previstas por la ley y proporcionales al fin, constitucionalmente lícito, perseguido, debe siempre primar sobre la asignación de oficio. A dicha primacía nos hemos referido en la STC 130/2001, de 4 de junio, FJ 3, entre otras, afirmando que “en el proceso penal el órgano judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado o condenado un Letrado del turno de oficio tan sólo en los casos en los que, siendo preceptiva su asistencia, aquél, pese a haber sido requerido para ello, no hubiese designado Letrado de su elección o pidiese expresamente el nombramiento de uno de oficio, así como en los supuestos en que, siendo o no preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o éste estime necesaria su intervención (SSTC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2; 18/1995, de 24 de enero, FJ 3)”.

De otra parte, la única situación en la que Ley permite la imposición de un Letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de incomunicación del detenido o preso contemplada en el artículo 527.a) LECrim, cuya constitucionalidad ha sido declarada por este Tribunal en STC 196/1987, de 11 de diciembre, ya citada, en vir-

tud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos.»

(STC 339/2005, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 4760/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 20 de enero de 2006. En el mismo sentido, STC 81/2006, de 13 de marzo –«BOE» de 18 de abril de 2006–).

Derecho a no declarar contra sí mismo

«Conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el artículo 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular –ha señalado–, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la ‘persona acusada’».

Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6” (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza*, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso *John Murray c. Reino Unido*, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso *Serves c. Francia*, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, § 40; de 3 de mayo de 2001, caso *Quinn c. Irlanda*, § 40; de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*, § 39). “En este sentido –concluye el Tribunal de Estrasburgo– el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio” (Sentencias *Saunders*, §. 68; A diferencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), nuestra Constitución sí menciona específicamente en su artículo 24.2 los derechos a “no declarar contra sí mismos» y a «no confesarse culpables” que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5). En particular, hemos afirmado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” [SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3.b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4.a); 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6]. Y hemos declarado asimismo que los citados derechos “entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación” (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5).»

(STC 68/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 5786/2001. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 18 de abril de 2006).

Derecho a ser informado de la acusación

«Este Tribunal ha afirmado que, para impedir la situación de quien se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa, un elemento central del proceso penal consiste en el derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE), que presupone obviamente la acusación misma, y cuyo contenido es un conocimiento de la acusación facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante los que el proceso se sustancia (STC 146/1986, de 12 de noviembre, FJ 1). La Constitución, sin embargo, no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto, que es la plasmada en el escrito de conclusiones o de calificaciones definitivas, que a la acusación que da lugar al inicio de una investigación criminal o a sus diversas medidas de investigación o de aseguramiento. Al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema, la pena criminal, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más inviolable de sus derechos fundamentales.

Por eso, cada una de las fases de ese proceso, iniciación, imputación judicial, adopción de medidas cautelares, sentencia condenatoria, derecho al recurso, se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la acción punitiva la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 15), pero tales exigencias no son idénticas en su contenido y efectos.

(.../...)

Precisamente constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio, debiéndose hacer constar en el mismo la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación (art. 299 LECrim), por lo que, únicamente, cuando los hechos van siendo esclarecidos en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede perfectamente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente, especialmente cuando se plasma en los escritos de calificación o acusación.»

(STC 75/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 4390/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 18 de abril de 2006).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble instancia en materia penal

«La cuestión sobre si, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000 (comunicación núm. 701-1996), puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple las exigencias derivadas del artículo 14.5 PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un Tribunal superior, ya ha sido resuelta afirmativamente por este Tribunal, entre otras, en las SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2.

En efecto, el artículo 14.5 PIDCP, ratificado por España, y cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal en los siguientes términos: “ Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley ”. La doctrina de este Tribunal, sistematizada ampliamente en la STC 70/2002, FJ 7, y a la que se refiere también la STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6, parte de que el mandato

del citado precepto, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda incorporado al derecho a un proceso con todas las garantías a que se refiere la Constitución en su artículo 24.2, a través de la previsión del artículo 10.2 CE, por lo que hay que entender que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro Ordenamiento (STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3, entre otras). Asimismo, hemos precisado que en el artículo 14.5 PIDCP no se establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7). A partir de tal consideración, “este Tribunal ha concluido, por un lado, que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías artículo 24.2 CE, a la vista del tenor literal del artículo 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach c. Francia*, y de 25 de julio de 2002, caso *Papon c. Francia*), se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2). Y, por otro, que la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el artículo 14.5 PIDCP, lo que permite ... que dentro del ordenamiento, y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5)” (STC 123/2005, FJ 6).

En efecto, en cuanto a esta última conclusión, afirmamos en la STC 70/2002, FJ 7, con apoyo en reiterada jurisprudencia constitucional, que el mandato contenido en el artículo 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro Derecho interno, y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2, el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo, que permita apurar las posibilidades del recurso de casación. En dicha línea, es doctrina de este Tribunal que la casación penal “cumple en nuestro ordenamiento, el papel de ‘Tribunal superior’ que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, y que también le corresponde “la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido”, de modo que su regulación ha de interpretarse en función de aquel derecho fundamental y “en el sentido más favorable para su eficacia” (STC 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2). “En definitiva [concluye la STC 70/2002], conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional” (FJ 7).»

(STC 136/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 1142/2002. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 116/2006, de 24 de abril —«BOE» de 26 de mayo de 2006—).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que una de las exigencias inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en tanto que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial, conforme a la cual, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, debe garantizarse a las partes que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.

A esos efectos se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él. Se ha puntualizado, no obstante, que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2, y 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3).»

(STC 306/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 6595/2001. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 12 de enero de 2006).

«Este Tribunal, en una doctrina que cabe calificar de consolidada y de la que últimamente nos hemos hecho eco en la reciente STC 45/2006, de 13 de febrero, ha afirmado que: “la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso la primera de ellas: 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, de modo que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso judicial. 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. 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 o, más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior. No obstante, habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda[n] objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, 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 (por todas, SSTC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 3; 41/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 202/2005, de 18 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 306/2005, de 12 de diciembre, FJ 3)”.

También hemos dicho en la STC 41/2005, de 28 de febrero, con cita de la STC 39/2004, de 22 de marzo, que: “la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*. Se ha puntualizado, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el Juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto”.

La concreción de esta doctrina constitucional se ha producido principalmente al estudiar la incompatibilidad de las facultades de instrucción y de enjuiciamiento, pero sin perder de vista que lo decisivo es el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad.

Tal como indicábamos en la Sentencia últimamente citada “la determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, aun cuando ésta sea sólo indiciaria y provisional (fundamento jurídico 3 y doctrina jurisprudencial allí citada)”. Y concluíamos este desarrollo argumental puntualizando que deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto.

Tal modo de razonar es, como recordábamos en el ATC 8/2002, de 22 de abril, el empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 2 de marzo de 2000 (caso Garrido Guerrero contra España): “en la cual el Tribunal de Estrasburgo ha precisado y completado la Sentencia dictada en el caso *Castillo Algar* en el sentido de que la Sala, en el caso que fue objeto de aquella Sentencia, había precisado los límites del procesamiento (su carácter formal y provisional) de manera tal que no prejuzgaba el resultado del litigio, la calificación de los hechos ni la culpabilidad del imputado, por lo que –concluía– no había tenido lugar allí la vulneración del Convenio denunciada. Es decir, será el razonamiento contenido en los Autos resolutorios de las quejas contra las resoluciones del Juez instructor el que nos per-

mita averiguar si el mismo anticipa algún juicio sobre la culpabilidad del recurrente que inhabilite a los Magistrados que lo dictaron para el enjuiciamiento, pues si bien es cierto que, como hemos declarado reiteradamente, en el ámbito del proceso penal la previa realización de funciones de investigación o de supervisión o fiscalización de la investigación puede ser causa que justifique un temor fundado acerca de la imparcialidad de quien está llamado a resolver sobre el asunto investigado, dicha parcialidad sólo podría ser apreciada, conforme a la doctrina antes expuesta, cuando la actividad cuestionada supusiera asumir posiciones de parte o auxiliar a las partes en el ejercicio de sus funciones (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3; y 154/2001, de 2 de julio, FJ 3)”.»

(STC 143/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 5697/2003. Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 8 de junio de 2006).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez predeterminado por la Ley

«Pues bien, este Tribunal ha declarado reiteradamente, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, siendo, además, doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (SSTC 174/1993, de 27 de mayo; 6/1996, de 16 de enero, y 35/2000, de 14 de febrero, por todas; AATC 13/1989, de 16 de enero, y 113/1999, de 28 de abril, entre otros).»

(STC 115/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 2573/2001. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 26 de mayo de 2006).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Principio de igualdad de armas procesales

«En múltiples ocasiones “hemos marcado la notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas” (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4; también, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5). Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues “al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales” (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7), y encuentra plasmación, entre otros, en los derechos a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la revisión de la condena, a no ser condenado dos veces por lo mismo o a la legalidad de las infracciones y sanciones. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alega-

ción y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del *ius puniendi* del Estado, en el que “el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso” (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 285/2005, de 7 de noviembre, FJ 4).»

(STC 141/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 139/2003. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 8 de junio de 2006).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Principios de contradicción e igualdad de armas procesales

«Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal, el artículo 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso judicial esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses. También hemos afirmado que la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo, a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (por todas, SSTC 138/1999 de 22 de julio, FJ 4; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

En esta última Sentencia destacábamos, específicamente en relación con el proceso penal, que “la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatorio –que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso– el cual, entre otras consecuencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el Juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, por todas). En tal sentido hemos acentuado que el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 4; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3), constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo.

De modo que sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. Y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus dere-

chos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2)”.

A partir de la doctrina anteriormente señalada, en la STC 114/2000, de 5 de mayo, FJ 3 analizamos si la resolución de un recurso de apelación sin haber tenido oportunidad de tomar en consideración el escrito de impugnación del demandante de amparo, al no haberle sido remitido en el momento oportuno por el Juzgado, supuso una quiebra del principio de contradicción causante de indefensión. Y, remitiéndonos a los criterios establecidos en la STC 138/1999, de 22 de junio, FJ 2, afirmamos que en estos casos el juicio de este Tribunal, tras el examen de las actuaciones debe limitarse a comprobar los siguientes extremos: “1) que la decisión fue efectivamente adoptada *inaudita parte*, siendo indiferente que tal indefensión se haya producido sólo en segunda instancia, pues también en ésta ha de preservarse el derecho constitucional de defensa (SSTC 102/1987, 196/1992 y 178/1995, por todas); 2) que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a los ahora recurrentes (SSTC 112/1987, 66/1988, 237/1988, 327/1994 y 25/1997, entre otras muchas); y 3) que la ausencia de posibilidad de defensa deparó a éstos un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (STC 367/1993, por todas). En definitiva, de darse estos requisitos nos encontraríamos en presencia de una actuación judicial que ha causado indefensión, por lo que bastará comprobar la realidad de estos elementos para decidir sobre la viabilidad del amparo solicitado”.

(STC 307/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 6706/2001. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 12 de enero de 2006).

«Es doctrina constitucional consolidada que el principio de contradicción es básico para el desarrollo del proceso y, más concretamente, en lo que concierne al derecho, reconocido en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo como expresión de aquel principio, que se satisface, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ofreciendo al acusado una oportunidad apropiada para combatir los testimonios en su contra e interrogar a su autor cuando declara o en un momento posterior del proceso (SSTC 141/2001, de 18 de junio, FJ 5; 2/2002, de 14 de enero, FJ 4; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5). Asimismo este Tribunal ha declarado que no se infringe el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por causas ajenas a una actuación judicial reprochable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 2/2002, de 14 de enero, FJ 7; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5); por otro lado, como se indicó en la STC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3, lo que la Constitución protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas por las declaraciones del coacusado.»

(STC 142/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 3523/2003. Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 8 de junio de 2006).

«Ciertamente el principio de contradicción es esencia para el desarrollo del proceso y, particularmente, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo [art. 6.3.d) del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH] como expresión de aquel principio que se salvaguarda, dando al acusado una oportunidad adecuada para objetar los testimonios en su contra e interrogar a su autor cuando declara o en un momento posterior del proceso (SSTC 141/2001, de 18 de junio, FJ 5;

2/2002, de 14 de enero, FJ 4; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5). Por otra parte es también doctrina constitucional la de que no se quebranta el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por motivos que no responden a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 2/2002, de 14 de enero, FJ 7; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5) y, como se señaló en la STC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3, lo que nuestra doctrina protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas por las declaraciones del coacusado (STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

Partiendo de ello la problemática relativa al desenvolvimiento del principio de contradicción en las declaraciones de los coacusados ha sido recientemente abordada en la STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3, en la que afirmamos que la negativa a responder de los coacusados no lesiona, sin más, dicho principio, ya que al órgano judicial no le es imputable que la contradicción no se cumpla en tales supuestos en el modo idealmente pretendido, lo cual no supone, por tanto, una quiebra constitucionalmente reprochable del principio, ya que éste implica, en su primera y esencial formulación, “que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, sin que, por consiguiente, resulte justificable que la total contradicción se logre postergando el derecho fundamental de un tercero”.

(STC 198/2006, de 3 de julio. Recurso de amparo 6672/2002. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 4 de agosto de 2006)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal. Condena en apelación con vista pública sin practicar pruebas

«Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar, como hiciéramos en la STC 272/2005, de 24 de octubre, que:

“[L]a cuestión suscitada en este recurso de amparo ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas, como, por citar sólo algunas de las más recientes, las SSTC 208/2005, de 18 de julio; 203/2005, de 18 de julio; 202/2005, de 18 de julio; 199/2005, de 18 de julio; 186/2005, de 4 de julio; 185/2005, de 4 de julio; 181/2005, de 4 de julio; 178/2005, de 4 de julio; 170/2005, de 20 de junio; 167/2002, de 18 de septiembre. Según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo deci-

sivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia.

Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionan la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida. Y es que, con frecuencia, la respuesta global dada por los órganos judiciales no puede entenderse en su verdadero alcance sin considerar las alegaciones de las partes a las que se da contestación y el curso procesal al que las Sentencias ponen fin. No debemos perder de vista que, aun cuando sólo en la medida en que así resulta preciso para proteger los derechos fundamentales, en el recurso de amparo se enjuicia la actividad de los órganos judiciales y que, precisamente por ello, el acto final que es objeto de impugnación en amparo no es sino el precipitado de todo el proceso, aunque con frecuencia no todas sus incidencias se hagan explícitas en la resolución final”».

(STC 80/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 2473/2004. Ponente. Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 18 de abril de 2006. En el mismo sentido, STC 324/2005, de 12 de diciembre —«BOE» de 12 de enero de 2006—; STC 24/2006, de 30 de enero —«BOE» de 1 de marzo de 2006—; STC 347/06, de 11 de diciembre —«BOE» 16 de enero de 2007—).

«Hemos de recordar que el Pleno de este Tribunal, en la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, FFFJ 9 y 10, ha precisado la doctrina en relación con la exigencia 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 la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En concreto, la citada Sentencia establece que en el ejercicio de las facultades que el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) otorga al Tribunal *ad quem* en el recurso de apelación (que le atribuyen plena jurisdicción y desde luego le permiten revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez *a quo* y modificar los hechos probados) deben respetarse las garantías constitucionales del artículo 24.2 CE, lo que se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia, si bien ello no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

En efecto, tanto la STC 167/2002 como las Sentencias posteriores que han apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en aplicación de esta doctrina y que la han ido delimitando, resuelven supuestos en los que, tras una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales) en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin inmediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 47/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 40/2004, de 22 de marzo, FFJJ 5 y 6; 111/2005, de 9 de mayo, FFJJ 1 y 2). Sin embargo, este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1). Y desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal Europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Ake Andersson c. Suecia* y caso *Fedje c. Suecia*), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbani c. Suecia*, ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que “no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los Autos”. Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/2005, de 9 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3; y 170/2005, de 20 de junio, FJ 3, en la que consideramos que la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada

por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, era una cuestión de estricta valoración jurídica que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que fuera necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la intermediación, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso.»

(STC 74/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 1474/2003. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 18 de abril de 2006. En el mismo sentido, STC 307/2005, de 12 de diciembre —«BOE» de 12 de enero de 2006—; STC 91/2006, de 27 de marzo —«BOE» de 4 de mayo de 2006—; STC 95/2006, de 27 de marzo —«BOE» de 4 de mayo de 2006—; STC 114/2006, de 5 de abril —«BOE» de 9 de mayo de 2006—; STC 217/2006, de 3 de julio —«BOE» de 4 de agosto de 2006—; STC 328/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—; y STC 336/2006, de 11 de diciembre —«BOE» de 16 de enero de 2007—).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«El reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) no supone que se haya constitucionalizado en nuestro Ordenamiento un derecho a los plazos procesales, sino que, en línea con lo previsto en el artículo 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, lo que entiende nuestra jurisprudencia que implica tal derecho es que la tramitación de los procedimientos que se sigan ante los Tribunales de Justicia ha de desarrollarse en un plazo razonable. En este sentido hemos afirmado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado, el cual, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma, que ha sido tomado como estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, hemos declarado que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (SSTC 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 153/2005, de 6 de junio, FJ 2, por todos).»

(STC 82/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 5634/2004. Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 18 de abril de 2006. En el mismo sentido, STC 99/2006, de 27 de marzo —«BOE» de 4 de mayo de 2006—).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, sintetizada, entre otras, en la STC 1/2004, de 14 de enero (FJ 2), para que pueda apreciarse la vulneración del

derecho a la prueba se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos.

El punto de partida en el examen de la vulneración del derecho a la prueba ha de ser el reconocimiento de que el artículo 24.2 CE establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, lo que implica, como hemos reiterado, que este derecho garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses. Ahora bien, la propia formulación del artículo 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi*, ya que, como señaló muy tempranamente este Tribunal, la opinión contraria, no sólo iría contra el tenor literal del artículo 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad.

De otra parte, es a los órganos judiciales a quienes compete la interpretación de las normas legales aplicables sobre la admisión y práctica de los medios de prueba; ellos son quienes han de pronunciarse sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad, y, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les ha de ser imputable. Igualmente el rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno.

Por último el alcance de esta garantía constitucional exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante; ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente. Teniendo en cuenta que la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo, corresponde al recurrente alegar y fundamentar adecuadamente que la prueba en cuestión resulta determinante en términos de defensa, sin que la verificación de tal extremo pueda ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. De ese modo el recurrente ha de razonar en esta sede en un doble sentido. Por un lado, respecto de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otro, argumentando que la resolución final del proceso judicial podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá

apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien, por este motivo, busca amparo.»

(STC 82/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 5634/2004. Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 18 de abril de 2006. En el mismo sentido, STC 308/2005, de 12 de diciembre —«BOE» de 12 de enero de 2006—; STC 13/2006, de 16 de enero —«BOE» de 15 de febrero de 2006—; STC 53/2006, de 27 de febrero —«BOE» de 31 de marzo de 2006—; STC 238/2006, de 17 de julio —«BOE» de 18 de agosto de 2006—; STC 272/2006, de 25 de septiembre —«BOE» de 26 de octubre de 2006—; y STC 316/2006, de 15 de noviembre —«BOE» de 14 de diciembre de 2006—).

Derecho de defensa. Derecho a la última palabra

«Como resume la STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3: “Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, cuya violación denuncia el demandante de amparo, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2). Y ello ha de garantizarse en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas (SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 225/1988, de 28 de noviembre), tanto cuando las partes comparezcan por sí mismos (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3)”.

Esta misma Sentencia, señala a continuación que, más concretamente, “la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 8 de junio; y 91/2000, de 4 de mayo), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso al propio Ministerio público, ‘de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales’ (STC 112/1989, de 19 de junio).

Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de ‘interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él’, facultad ésta que el artículo 6.3.d) del Convenio europeo de derechos humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SSTC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero)” (STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3).

En relación específica con el derecho a la última palabra, hemos indicado en esta misma STC 93/2005, de 18 de abril, con cita de la primera en esta materia (STC 181/1994, de 20 de junio), que “el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente” [art. 6.3.c) CEDH y art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso que “la nuestra en el proceso penal (art. 739 LECrim) ofrece al acusado el ‘derecho a la última palabra’ (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino –en palabras del Fiscal que la Sala asume– ‘por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera’. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio” (FJ 3).

El derecho a la última palabra constituye así una nueva garantía del derecho de defensa que entronca con el principio constitucional de contradicción y que posee un contenido y cometido propio bien definido. Se trata de una regla del proceso que, enmarcada dentro del derecho de defensa, no se confunde con éste, por cuanto no sólo constituye una garantía añadida a la defensa Letrada, al tratarse de la posibilidad procesal de autodefensa del acusado (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13), sino que debe igualmente diferenciarse del derecho a ser oído mediante la posibilidad de interrogación o confesión cuya realización se habrá ya realizado al inicio del juicio. El interrogatorio permite al acusado hacer las manifestaciones que estime pertinentes en defensa de sus intereses. Pero en ese momento desconoce cuál va a ser el comportamiento de los demás coimputados que declaren a continuación, de los testigos de cargo y de descargo, y el resultado de las pericias practicadas. Incluso desconoce cuál va a ser la vía argumental de las acusaciones y las defensas en sus respectivos alegatos, por lo que su postura inicial puede verse reafirmada o, por el contrario, necesitada de actualización y matización. El acusado ha de tener la oportunidad de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, por lo que ha de tener la oportunidad de ser el último en intervenir en el proceso, de modo que esta facultad se encuadra dentro del derecho de defensa que, en estas circunstancias, ha de realizarse de manera personal y directa por el interesado.

Este necesario deslinde entre la autodefensa que significa el derecho a la última palabra y otras posibles manifestaciones o proyecciones del derecho de defensa, como por ejemplo el trámite del informe oral de defensa (STC 33/2003, de 13 de febrero), provoca que pueda haberse tenido defensa efectiva y realizarse la prueba de confesión e interrogatorio, sin que nada de ello pueda suplir la quiebra del derecho adicional a la última palabra que en el ámbito internacional, como derecho de presencia y defensa personal, se erige como una garantía “mínima” de todo acusado [art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] en el marco de un “proceso equitativo” donde se reconoce, también como derecho mínimo, el de “defenderse por sí mismo” [art. 6.3.c) CEDH]. Defensa personal ésta que deberá realizarse según la configuración que de la misma realicen las concretas leyes procesales.

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula en el artículo 739. Esta garantía, a decir de dicho precepto, tiene lugar a continuación de que las acusaciones y las defensas hubieran terminado sus respectivos alegatos, momento en el cual el “Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal”. Se trata de un derecho potestativo, que se ejercita tras la preceptiva pregunta del Presidente del Tribunal. Nuestra doctrina en la materia hasta el momento ha venido referida a procesos penales en los que los imputados son mayores de edad. Pero la misma se proyecta igualmente en los procesos penales de menores. Tal proyección, que podría venir exigida por la necesidad de aplicar a los infractores menores de edad todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, se refuerza ante la contundencia de la dicción empleada en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores cuyo artículo 37.2 declara que en la audiencia, tras la práctica de la prueba, “el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al Letrado del menor sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oirá también al equipo técnico. Por último, el Juez oirá al menor, dejando la causa vista para sentencia”.

Se trata, por lo tanto, de que lo último que oiga el órgano judicial, antes de dictar Sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa. Por ello su propia naturaleza impide que esas manifestaciones sean sometidas a debate por las partes, pues si fuera así, es claro que lo dicho por el acusado dejaría de ser la última palabra para convertirse en una más de sus declaraciones ante el Tribunal. Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio, que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación.

(.../...)

En efecto, de un lado, se trata de un derecho, el de la última palabra, que a decir del artículo 37.2 *in fine* de la Ley Orgánica 5/2000, en todo caso ha de ofrecer el órgano judicial (“Por último, el Juez oirá al menor, dejando la causa vista para Sentencia”), lo que resulta coherente con el cuidadoso esfuerzo que este Tribunal exige a los órganos judiciales en su tarea de garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa del penalmente imputado, del que el derecho a la autodefensa constituye una adicional garantía que ha de otorgarse en todo caso. Por tal motivo no hemos considerado óbice procesal para la admisión de las demandas de amparo los supuestos de “protestas no formuladas en un acto ya fenecido” que, por ello, podrían no constar en el acta, cuando la defensa interpone a continuación el recurso pertinente alegando vulneración del derecho a la última palabra (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 1) y es ésta, por lo demás, la doctrina jurisprudencial constante que mantiene, con loable sensibilidad constitucional, que la falta de protesta por parte de la defensa del acusado no puede afectar a la subsistencia de un derecho de defensa que, por su trascendencia y autonomía, no está a merced de una rigurosa e inmediata diligencia reclamatoria del Letrado que le asiste (SSTS 9 de junio de 2003; 13 de julio de 2004; y 9 de diciembre de 1997).

El hecho de configurarse como una obligación legal, sólo potestativa en su ejercicio para el acusado, como una garantía del proceso con contenido autónomo y propio dentro del derecho de defensa y que se conecta, de este modo, a su vez, con el

derecho a un proceso con todas las garantías constitucionalmente reconocido en el artículo 24.2 CE, ha llevado a este Tribunal a no exigir carga adicional probatoria en torno a la repercusión efectiva que su pleno ejercicio hubiera hipotéticamente producido aunque sí respecto a la total ausencia de la posibilidad de que el acusado haya podido defenderse por sí mismo. Sin que, como se dijo en las SSTC 181/1994, de 20 de junio, y 93/2005, de 18 de abril, el hecho de que el recurrente haya estado asistido de Letrado obste en modo alguno al ejercicio del derecho a la última palabra (ya que la audiencia personal constituye una garantía autónoma e independiente de la relativa a la asistencia letrada) y con independencia, como también se ha afirmado, de que se hayan podido realizar con todas las garantías otras manifestaciones de defensa existentes en el decurso del proceso. Máxime si se tiene en cuenta que la autodefensa, una vez ofrecida, constituye una última posibilidad de exculpación de los hechos objeto de la acusación, pero que puede ser rechazada por el acusado en virtud de su derecho a permanecer en silencio.»

(STC 13/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 387/2003. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 15 de febrero de 2006).

Derecho de defensa contradictoria. Principio de contradicción

«Sentado lo anterior, conviene ahora avanzar más, trayendo a colación los pronunciamientos que, recogiendo reiteradas declaraciones anteriores, realizábamos en la STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3, en un caso también referido al ejercicio del derecho de autodefensa en juicio de faltas. Allí afirmamos que “el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, cuya violación denuncia el demandante de amparo, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2). Y ello ha de garantizarse en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas (SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 225/1988, de 28 de noviembre), tanto cuando las partes comparezcan por sí mismas (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (SSTC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3)”.

Más concretamente, y citando la anterior STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3, dijimos que precisamente la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, “reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar porque en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, de 10 de

marzo; 102/1998, de 8 de junio; y 91/2000, de 4 de mayo), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso el propio Ministerio público, ‘de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales’ (STC 112/1989, de 19 de junio). Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de ‘interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él’, facultad ésta que el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SSTC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero)”.

“La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las ‘reglas esenciales del desarrollo del proceso’ (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: “el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos” (STC 144/1997, de 15 de septiembre)” (STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3).»

(STC 12/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 6533/2002. Ponente. Don Roberto García Calvo y Montiel. «BOE» de 15 de febrero de 2006).

Presunción de inocencia

«Recuerda la STC 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, que el derecho a la presunción de inocencia, como regla de juicio, comporta el de no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías a través de las cuales puedan considerarse acreditados, de forma no irrazonable, todos los elementos fácticos del hecho punible, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada, y la intervención del acusado en el mismo (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2). Es 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.»

(STC 238/2006, de 17 de julio. Recurso de amparo 3042/2004. Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 18 de agosto de 2006. En el mismo sentido, STC 8/2006, de 16 de enero —«BOE» de 15 de febrero de 2006—; STC 284/2006, de 9 de octubre —«BOE» de 16 de noviembre de 2006—).

Presunción de inocencia. Eficacia probatoria de las diligencias sumariales

«Punto de partida ha de ser nuestra reiterada afirmación, en una línea jurisprudencial muy consolidada que se inició en la STC 31/1981, de 28 de julio, de que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; y 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra jurisprudencia ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: *a)* materiales –que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; *b)* subjetivos –la necesaria intervención del Juez de Instrucción; *c)* objetivos –que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y *d)* Formales –la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el artículo 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral. En el mismo sentido, analizando supuestos similares nos hemos pronunciado en las SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4.

En aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 LECrim, siempre que “el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4). De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

En este contexto hemos de recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3.d) y 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

(CEDH) siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski*, § 41; 15 de junio de 1992, caso *Lüdi*, § 47; 23 de abril de 1997, caso *Van Mechelen y otros*, § 51; 11 de noviembre de 2005, caso *Bocos-Cuesta*, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso *Carta*, § 49). Como el Tribunal Europeo ha declarado en la Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso *Lucà*, § 40, “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”.)»

(STC 345/2006, de 11 de diciembre. Recurso de amparo 2243/2004. Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 16 de enero de 2006. En el mismo sentido, STC 1/2006, de 16 de enero —«BOE» de 15 de febrero de 2006—; STC 92/2006, de 27 de marzo —«BOE» de 4 de mayo de 2006—; 104/2006, de 3 de abril —«BOE» de 9 de mayo de 2006—; y STC 344/2006, de 11 de diciembre —«BOE» de 16 de enero de 2007—).

Presunción de inocencia. Prueba indiciaria

«“En cuanto a los medios probatorios sobre los que puede basarse la convicción judicial de culpabilidad, hemos declarado desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, según recordábamos recientemente en la STC 186/2005, de 4 de julio (FJ 5), que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: *a*) los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y *b*) 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 (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 12; 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4; y 135/2003, de 30 de junio, FJ 2). Como se dijo, alegando doctrina anterior, en la STC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2, 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 el de su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 14; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5)” (STC 267/2005, de 24 de octubre, FJ 3).»

(STC 66/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 2464/2004. Ponente. Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 31 de marzo de 2006. En el mismo sentido, STC 123/2006, de 24 de abril —«BOE» de 26 de mayo de 2006—; STC 239/2006, de 17 de julio de 2006 —«BOE» de 18 de agosto de 2006—; STC 284/2006, de 9 de octubre —«BOE» de 16 de noviembre de 2006—; y STC 328/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—).

Presunción de inocencia. Pruebas eficaces para desvirtuarla

«El derecho a la presunción de inocencia es quizás la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho “sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo ‘uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal’ (SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso” (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5). En lo que ahora importa, como criterio para la constatación de hechos, como regla presuntiva, supone que “el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones” [SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5.a)]. Como señalábamos anteriormente, mientras que en general, en los demás ámbitos de la actividad judicial, la conformación de los hechos que sirven de punto de partida para la solución de un conflicto tienen trascendencia constitucional por afectar a un derecho fundamental cuando los mismos sean el fruto de un error patente, de modo que no quepa en tal caso calificar la respuesta judicial como tutela efectiva, cuando se trate de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado será necesario que la conducta delictiva que se le atribuya venga sólidamente sustentada por pruebas de cargo que hayan sido practicadas con las necesarias garantías de “defensa efectiva” y de “corrección de la valoración” (STC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2). Al igual que no existe “un principio de legalidad invertido”, que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4), tampoco existe una especie de “derecho a la presunción de inocencia invertido”, de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas.»

(STC 141/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 139/2003. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 8 de junio de 2006).

Presunción de inocencia. Pruebas inválidas o ineficaces

«Este Tribunal ha señalado (por todas, STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4) la íntima relación que existe entre la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que la primera sólo puede entenderse desvirtuada en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías. Asimismo, hemos dicho que no reúnen tales garantías las pruebas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, pues aunque esta prohibición de valoración no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2), por lo que la necesidad de tutelar éstos, en atención a la especial relevancia y posición que los mismos ocupan en nuestro Ordenamiento, en cuanto traducción normativa de la dignidad humana y elemento legitimador de todo poder político, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos (STC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 5).

A partir de estas premisas, hemos afirmado que, cuando se valoran pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3).»

(STC 136/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 1142/2002. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 253/2006, de 11 de septiembre —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputados

«La cuestión de la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, cuando se presentan como únicas pruebas de cargo, ha sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte de este Tribunal, que ha ido construyendo una consolidada doctrina al respecto, cuya evolución ya fue sintetizada en las SSTC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2, y 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3.

En efecto, tal como se puso de manifiesto en dichos pronunciamientos, cabe distinguir una primera fase, de la que son exponentes las SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2; 50/1992, de 2 de abril, FJ 3; y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4, en la que este Tribunal venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, con el argumento de que dichas declaraciones constituían actividad probatoria de cargo bastante, al no haber norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que el hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideraba que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del artículo 117.3 CE.

Un punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997, de 29 de agosto, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; y 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), ya mantuvo que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecían de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

Un nuevo paso se da en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 5 y 32, respectivamente, en las que el Pleno de este Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración 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 al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (ideas que fueron reiterándose en las SSTC 76/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 57/ 2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, y 155/2002, de 22 de junio, FJ 11).

Esta jurisprudencia fue perfilándose con muy diversos elementos que, aunque hoy ya están asentados en la doctrina de este Tribunal (por todas, y sólo entre las últimas, SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1, ó 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1), sin embargo, son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes. Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4, estableció 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. La STC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, precisó 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, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 30/2005, de 14 de febrero, FJ 6, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y, por último, las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 165/2005, de 20 de junio, FJ 15, descartaron que la futilidad del testimonio de descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos.

En aplicación de la doctrina constitucional expuesta, el pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria de la declaración de un coimputado exige comprobar si dicho testimonio es la única prueba de cargo en la que se ha fundamentado la condena y si la incriminación contenida en dicha declaración sobre la participación de un tercero cuenta con una corroboración mínima a partir de otros hechos, datos o circunstancias externas ajenos a la misma.»

(STC 34/2006, de 13 de febrero. Recurso de amparo 183/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 16 de marzo de 2006. En el mismo sentido, STC 340/2005, de 20 de diciembre –«BOE» de 20 de enero de 2006–; STC 312/2005, de 12 de diciembre –«BOE» de 12 de enero de 2006–; STC 97/2006, de 27 de marzo –«BOE» de 4 de mayo de 2006–; STC 142/2006, de 8 de mayo –«BOE» de 8 de junio de 2006–; STC 170/2006, de 5 de junio –«BOE» de 7 de julio de 2006–; STC 160/2006, de 22 de mayo –«BOE» de 22 de junio de 2006–; STC 258/2006, de 11 de septiembre –«BOE» de 11 de octubre de 2006–; y STC 277/2006, de 25 de septiembre –«BOE» de 26 de octubre de 2006–).

«Ya desde la STC 31/1981, de 28 de julio, la jurisprudencia constitucional ha configurado el derecho a la presunción de inocencia, desde su perspectiva de regla de juicio, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que supone que ha de existir una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del tipo delictivo y que de la misma puedan inferirse razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5; 94/2004, de 24 de mayo, FJ 2; y 61/2005, de 14 de marzo), habiendo subrayado asimismo este Tribunal que no le incumbe revisar la valoración de las pruebas en virtud de las cuales el órgano judicial, en el ejercicio de la función exclusiva que le atribuye el artículo 117.3 CE, obtiene su íntima convicción, ya que ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las necesarias garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 3; y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2), de modo que al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni el Tribunal Constitucional una tercera instancia (SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 8; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; y 8/2006, de 16 de enero, FJ 3).

En este orden de cosas, la declaración del coacusado, siempre que cumpla los requisitos exigidos, puede erigirse como prueba de cargo apta para enervar aquel derecho, de forma que cabe también referir aquí la doctrina constitucional al respecto, que dio comienzo en una segunda etapa con la STC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6, persistiendo hasta la actualidad, y cuyas líneas básicas son las siguientes:

a) La declaración inculpatoria del coacusado, que es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir mínimamente corroborada por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, por cuanto al acusado le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad (art. 24.2 CE), de modo que sus manifestaciones, cuando son la única prueba, no alcanzan la suficiente entidad para desvirtuar aquella presunción (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6); esto es, como se dijo en la STC 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, antes de ese mínimo de corroboración no existe base probatoria bastante desde la perspectiva constitucional que delimita la presunción de inocencia (*vid.* también las SSTC 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 2, y 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

b) Se deja a la casuística la determinación de los casos en que puede estimarse que existe esa mínima corroboración, atendiendo, pues, a las circunstancias presentes en cada supuesto concreto (SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6), pero, en cualquier caso, los elementos de veracidad objetiva de la declaración tales como la ausencia de animadversión o su coherencia interna, no tienen

relevancia como factores externos de corroboración (SSTC 190/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1).

c) Debe tenerse en cuenta asimismo que se requiere esa mínima corroboración en relación precisamente con la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6).

d) Finalmente, como enseguida se verá, resulta de gran interés para el presente caso, recordar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (SSTC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; y 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1), siendo por tanto precisa esa corroboración, a través de algún elemento externo, del contenido de las declaraciones también cuando hay una pluralidad de coimputados»

(STC 198/2006, de 3 de julio. Recurso de amparo 6672/2002. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 4 de agosto de 2006).

ARTÍCULO 25

Derecho a la legalidad penal

«El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), hemos de recordar que este derecho supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios es el del respeto al tenor literal de la norma, “pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; recientemente, STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984, 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley”. Dichos criterios estarán conformados por “las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993)” y por los “modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”. Así, “no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de los hechos

ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico – una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4).

La vulneración del derecho a la legalidad penal supone que se ha sancionado a su titular a pesar de que no resultaba racionalmente sustentable la concurrencia en su conducta de uno o de varios de los elementos del tipo delictivo aplicado. Esa falta de racionalidad puede provenir de la incompatibilidad expresa de una circunstancia de la conducta con uno de los elementos típicos. Puede suceder también, y éste es ahora el caso, no que la conducta resulte incompatible con el tipo delictivo aplicado, sino que en la descripción de la misma no se contenga alguno de los elementos del delito. Resulta evidente que la seguridad jurídica, que es uno de los valores que informan el principio de legalidad penal, no se conforma con la compatibilidad de la conducta con el tipo penal, sino que, más allá, exige que la conducta penada sea una de las descritas en el mismo, para lo cual ha de reunir todos sus elementos.»

(STC 262/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 7008/2003. Ponente: Doña Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 11 de octubre de 2006. En el mismo sentido, STC 328/2006, de 20 de noviembre –«BOE» de 20 de diciembre de 2006–).

«Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra “de carácter material y absoluto”, que “refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en 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» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6). En los términos de la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, la garantía esencial de *lex certa*, que es entorno a la que gira el presente proceso de amparo, impone 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, ó 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3)».

El citado aspecto material de la legalidad sancionadora contiene, según hemos señalado con anterioridad, un doble mandato. El primero, dirigido al legislador y a la potestad reglamentaria, es el de taxatividad, “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”. El segundo se dirige a los aplicadores del Derecho, en tanto en cuanto la citada garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene “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” (SSTC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 8). En lo tocante al canon de constitucionalidad sobre este último aspecto, y asumido que toda norma penal admite diversas interpretaciones y que la indagación de su sentido y consiguiente aplicación de las mismas corresponde a los Tribunales ordinarios *ex* artículo 117.3 CE, nuestro papel se circunscribe a la labor de verificar si la conclusión a la que se ha llegado es una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del artículo 25.1 CE, si bien sin limitarnos a contrastar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino comprobando en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica (entre muchas, SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9). Expresado en otros términos: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9).

(.../...)

El principio de legalidad penal no sólo garantiza “el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma”, sino también —como ya hemos resaltado— “la seguridad del ciudadano en cuanto la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente”, vertiente cuya posible infracción debe ser igualmente fiscalizada en amparo (FJ 5), tal como, de hecho, hemos llevado a cabo en diferentes ocasiones. Así, por ejemplo, cabe citar la reciente STC 51/2005, de 14 de marzo, donde nos hemos ocupado de una queja idéntica a la presente en relación con el delito de tenencia ilícita de armas; la STC 61/1990, de 29 de marzo, resolución de una demanda de amparo en la que se declara la nulidad de una orden ministerial por vulneración del derecho recogido en el artículo 25.1 CE; o la STC 116/1993, de 29 de marzo, en la que, ante la demanda interpuesta contra una sanción administrativa de expulsión del territorio nacional, se otorgó el amparo porque la norma aplicada “no sólo no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados por no establecer con claridad criterios para la graduación de las infracciones y las sanciones, sino que infringe directamente el artículo 25.1 CE al definir las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos que por su amplitud y vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida”, por lo que “no permite predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen la infracción merecedora de la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, requisito exigido por el artículo 25.1 CE” (FJ 3). En suma, la garantía material de *lex certa* integra asimismo el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa, por lo que el

déficit de taxatividad alegado por el recurrente encuentra un cauce idóneo en el recurso de amparo.»

(STC 283/2006, de 9 de octubre. Recurso de amparo 3614/2003. Ponente. Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 16 de noviembre de 2006)

Principio non bis in idem

«En cuanto a la vulneración aducida del principio *non bis in idem*, como una de las garantías inherentes al derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), el Pleno de este Tribunal ha destacado en la STC 2/2003, de 16 de enero, apartándose expresamente de la doctrina establecida en la SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio, que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada (FJ 6). Igualmente en la citada STC 2/2003 también hemos reiterado, desde la perspectiva procesal del principio *non bis in idem*, que “la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad– como a las de la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud– pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal” (FJ 8); de tal modo que, cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.»

(STC 334/2005, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 3581/2001. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 20 de enero de 2006).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULOS 80 Y SIGUIENTES

Motivación de las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la condena

«Desde una perspectiva general, la doctrina de este Tribunal ha señalado que la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales guarda una relación directa 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, como se dispone en el artículo 117.1 y 3 CE, constituyendo también una garantía esencial para el justiciable integrada en el derecho a la tutela judicial sin indefensión contenido en el artículo 24.1 CE (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 128/2002, de 3 de junio, FJ 4; 119/2003, de 16 de junio, FJ 3). Asimismo, hemos declarado que esta exigencia constitucional y el correlativo derecho fundamental a obtener una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho 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, siendo suficiente, desde este prisma constitucional, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (por todas, SSTC 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 4; 128/2002, de 3 de junio, FJ 4; 119/2003, de 16 de junio, FJ 3; 69/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 143/2006, de 8 de mayo, FJ 4), ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión mediante 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 (STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4). En otros términos, la exigencia de una motivación adecuada y suficiente constituye una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial, en cuanto fruto de una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico reconocible, es consecuencia de su aplicación razonada y no el fruto de la arbitrariedad (STC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3).

Descendiendo desde el anterior planteamiento general a una perspectiva más concreta, hemos afirmado la existencia de un canon reforzado de motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. En este sentido, hemos considerado que resulta afectada la libertad cuando las resoluciones judiciales adoptan decisiones sobre beneficios penitenciarios, como la libertad condicional (STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4), o sobre los permisos de salida (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 3), o sobre la suspensión de la ejecución de la pena (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). Así, hemos señalado que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, ya que tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado, 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 15 de enero, FJ 2; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2).

Por lo que respecta al canon reforzado de motivación imperante en materia de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad existe ya una doctrina consolidada, que sustancialmente puede sintetizarse en dos consideraciones de signo contrario. Por un lado, en sentido negativo, se ha rechazado reiteradamente que la simple referencia al carácter discrecional de la decisión del órgano judicial constituya motivación suficiente del ejercicio de dicha facultad, en el entendimiento de que “la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justifi-

cación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma” (SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; y 202/2004, de 15 de diciembre, FJ 3, entre otras).

Por otro lado, ya en sentido positivo, se ha especificado que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (por todas SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 4 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; y 202/2004, de 15 de diciembre, FJ 3).»

(STC 320/2006, de 15 de noviembre. Recurso de amparo 7208/2005. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 14 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 305

Fraude de ley tributaria. Requisitos del delito fiscal

«Como hemos dicho recientemente en la STC 120/2005, de 10 de mayo, FJ 4, “la utilización de la figura del fraude de ley –tributaria o de otra naturaleza– para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el artículo 25.1 CE”.

Sucede sin embargo que, a diferencia de lo que ocurrió en el supuesto de hecho que dio origen a esta Sentencia, en el que había quedado expresamente descartada por los órganos judiciales la existencia de simulación negocial u ocultación alguna por parte del recurrente dirigida a defraudar a la Administración tributaria, en el presente caso tanto la Sentencia de instancia como la dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirmaron en forma extensamente motivada la realización por los actores de una compleja trama de operaciones ficticias directamente encaminadas a eludir la obligación que tenían de tributar por el impuesto que grava las donaciones *inter vivos*. De manera que, si bien es cierto que en el cuarto de los fundamentos de Derecho de la Sentencia de instancia se produce una equiparación del comportamiento de los acusados con el constitutivo de fraude de ley, no es menos cierto que en ese mismo lugar se insiste en el carácter simulado de los negocios por ellos realizados. En cualquier caso, en la Sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se afirma taxativa y motivadamente en varias ocasiones que los hechos enjuiciados no fueron constitutivos de fraude de ley sino de simulación. No puede, en consecuencia, concluirse que los recurrentes fueron condenados por haber perpetrado un fraude de ley tributaria penalmente atípico, toda vez que quedó suficientemente acreditado en el proceso que realizaron varios negocios simulados; simulaciones éstas que no cabe confundir con un fraude de ley tributaria ya que, como afirmamos en la STC 120/2005, de 17 de mayo, FJ 4, “mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio salta a la vista”.

Decíamos también en el quinto de los fundamentos jurídicos de la STC 120/2005 que para poder considerar cometido un delito fiscal deben concurrir, de una parte, el elemento objetivo consistente en la producción de un perjuicio para los legítimos intereses recaudatorios del Estado y, de otra parte, “el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompasan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito”.

(STC 48/2006, de 13 de febrero. Recursos de amparo 332/2004, 388/2004 y 397/2004 (acumulados). Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 16 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 379

Presunción de inocencia en el delito de conducción bajo los efectos del alcohol

«Basta destacar que el derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación únicamente de uno de los elementos del citado delito —el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas— se presumieran realizados los restantes elementos del mismo, pues el delito no se reduce, entre otras posibilidades típicas, al mero dato de que el conductor haya ingerido alcohol, dado que este supuesto delictivo no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del Juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de la conducción estaba afectada por la ingestión del alcohol.

De modo que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aun cuando resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente deberá realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en Autos que reúnan dichas garantías. Por ello hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia (SSTC 145/1985, de 28 de octubre, FJ 4; 148/1985, de 30 de octubre, FJ 4; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 3.a; 222/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 24/1992, de 14 de febrero, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 5.b; 68/2004, de 19 de abril, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3).»

(STC 319/2006, de 15 de noviembre. Recurso de amparo 6598/2004. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 14 de diciembre de 2006).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 520

Información al detenido de sus derechos y razones de su detención

«Las garantías del detenido de ser informado de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, adquieren su sentido protector ante la situación, establecida en el artículo 520.1 LECrim, en que hayan de realizarse, tras la detención preventiva de una persona y su conducción a dependencias policiales, diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos, incluida la declaración del detenido, dada la innegable importancia de dichas garantías para el ejercicio de la defensa y siendo su finalidad, como afirmamos en la citada Sentencia, y en otras anteriores a las que aquélla remite (SSTC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6), la de asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso, procurando así la norma constitucional que la situación de sujeción que la detención implica no produzca en ningún caso la indefensión del afectado.»

(STC 339/2005, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 4760/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 20 de enero de 2006).

ARTÍCULOS 714 Y 730

Reproducción en el juicio oral de diligencias sumariales

Vid. comentario al artículo 24.2 «Presunción de inocencia. Eficacia probatoria de las diligencias sumariales».

ARTÍCULO 739

Vid. comentario al artículo 24.2 «Derecho de defensa. Derecho a la última palabra».

ARTÍCULOS 847 Y SIGUIENTES

Recurso de casación

«Debemos recordar, una vez más, que, conforme a la doctrina de este Tribunal, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena declarado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en la fase casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un

Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).

De hecho hemos avalado en diversas ocasiones la posibilidad de que el Tribunal Supremo pueda revisar la calificación jurídica, posibilidad que “se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida en que la misma no ha adquirido firmeza. Ello viene determinado por la configuración legal del recurso de casación; en particular por lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 902 LECrim, a cuyo tenor: Si la Sala casa la resolución objeto de recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor”» (STC 183/2005, de 4 de julio, FJ 6).

(STC 26/2006, de 30 de enero. Recursos de amparo 623/2004, 958/2004 y 1311/2004 (acumulados). Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

ARTÍCULOS 954 Y SIGUIENTES

Recurso de revisión penal

«Conviene empezar recordando, conforme a la doctrina de este Tribunal, que el recurso de revisión encaminado a la anulación de una Sentencia firme y que significa, en consecuencia, una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica, es por su propia naturaleza un recurso extraordinario, históricamente asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interpretación estricta (SSTC 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5, entre otras). 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 recursos, sino que se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que, desde nuestra perspectiva constitucional, se aproxima más a la del acceso a la jurisdicción que a la del acceso a los recursos. No es, así, una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 6).

Por otra parte, como afirma gráficamente la STC 124/1984, de 18 de diciembre, en su fundamento jurídico 6, 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 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” (en el mismo sentido, SSTC

150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3, y 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5). Por otra parte, debe igualmente recordarse que también es doctrina de este Tribunal que las garantías inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE alcanzan, una vez establecida esta institución, al recurso de revisión penal, con las peculiaridades que puedan derivarse de su carácter excepcional (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 3; 150/1997, de 20 de septiembre, FJ 3; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3).»

(STC 59/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 2553/2003. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 31 de marzo de 2006).

LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 23

Vid. comentario al artículo 18.1, «Derecho a la intimidad personal en el ámbito penitenciario».

ARTÍCULO 47

Requisitos para la concesión de los permisos de salida

«Aun cuando la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), al contribuir a lo que hemos denominado la “corrección y readaptación del penado” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 2), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento, de modo que su finalidad es la de preparar la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de permisos, sin embargo, como indica la STC 137/2000, de 29 de mayo (FJ 3), resumiendo la doctrina expresada, entre otras, en las SSTC 81/1997, de 22 de abril, 193/1997, de 11 de noviembre, y 204/1999, de 8 de noviembre, esa simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE, no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental. Por tanto, en la línea de lo afirmado en la citada STC 81/1997 (FJ 3), todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria, de forma que la concesión de los permisos no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, al constituir una vía fácil para eludir la custodia. Es razonable, por lo tanto, que su concesión no sea automática y que, constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos, no baste con que éstos concurren, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados.»

(STC 23/2006, de 30 de enero. Recurso de amparo 3342/2003. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**ARTÍCULO 44.1.A)***Agotamiento de la vía judicial previa*

«Nuestra jurisprudencia ha subrayado que “a efectos del agotamiento de la vía judicial sólo son exigibles los cauces procesales cuya viabilidad no ofrezca dudas interpretativas” (STC 106/2005, de 9 de mayo, FJ 2) y que “el artículo 44.1.a) LOTC únicamente impone la utilización de los recursos o instrumentos de impugnación cuya procedencia se desprenda de modo claro, terminante e inequívoco del tenor de las previsiones legales, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad” (STC 18/2002, de 28 de enero, FJ 5). Desde esta óptica, este Tribunal ha afirmado reiteradamente que los recursos, aun en el caso de que sean improcedentes, suspenden el plazo para recurrir en amparo cuando de las circunstancias se deduzca que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que induzca, mediante su expresa mención, a la interposición del recurso (SSTC 123/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 159/2002, de 16 de septiembre, FJ 2).

(.../...)

El requisito de agotamiento de la vía judicial a través de los “recursos utilizables” no se refiere únicamente a los recursos procesales en sentido estricto, sino también a aquellos otros instrumentos procesales que permitan la salvaguarda del derecho. Es decir, han de agotarse, para preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, todas las posibilidades que se ofrezcan a los recurrentes en el contexto del proceso, desde el momento en que pudieron utilizarse (SSTC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 175/2004, de 18 de octubre, FJ 2; y 106/2005, de 9 de mayo, FJ 2, entre otras).»

(STC 335/2005, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 2690/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 20 de enero de 2006).

«El examen de esta cuestión ha de partir de una reiterada y consolidada doctrina constitucional, sintetizada en la STC 111/2000, de 5 de mayo, FJ 4, según la cual “la vía judicial previa sólo puede considerarse efectivamente agotada y, en consecuencia, abierta la del proceso constitucional de amparo, cuando los recursos jurisdiccionales pertinentes y útiles se hayan interpuesto en tiempo y forma, ya que si se interponen extemporáneamente o sin cumplir los requisitos procesales exigibles, el órgano judicial llamado a resolverlos se verá privado de la posibilidad de entrar en el conocimiento y resolución de los temas de fondo, no pudiendo en tales circunstancias reparar la lesión constitucional que, en su caso, pudiera ser después susceptible de impugnación en el proceso de amparo constitucional, lo que es contrario a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo (SSTC 9/1992, de 16 de enero, FJ 5; 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 2). De modo que el fracaso de los recursos idóneos para obtener la reparación del derecho constitucional supuestamente vulnerado equivaldría a su no utilización cuando tal fracaso sea imputable a la

conducta procesal del recurrente (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 2; 92/1999, de 26 de mayo, FJ 2; AATC 114/1983, de 16 de marzo; 215/1984, de 4 de abril”).»

(STC 329/2006, de 20 de noviembre. Recurso de amparo 6954/2003. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 20 de diciembre de 2006. En el mismo sentido, STC 158/2006, de 22 de mayo —«BOE» de 22 de junio de 2006—; STC 323/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—; STC 324/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—; y STC 350/2006, de 11 de diciembre —«BOE» de 16 de enero de 2007—).

Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones

«Conforme la reiterada doctrina de este Tribunal, el artículo 43.2 en relación con el artículo 44.1.a), ambos LOTC, por un lado, y éste último por otro, establecen, entre otras, la exigencia de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria, requisito éste que, lejos de constituir una formalidad vacía, deriva de la necesidad de respetar la subsidiariedad del recurso de amparo, dado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.2 CE, la tutela general de los derechos y libertades corresponde, en primer lugar, a los órganos del Poder Judicial. Consecuencia de lo anterior es que, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal. Es preciso, por tanto, que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisiblemente (entre muchas otras, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2; 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 36/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 103/2004, de 2 de junio, FJ 2; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 5; 60/2005, de 14 de marzo, FJ 2; y 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Entre los recursos ineludibles para cumplir el requisito previsto en los citados artículos 43.2 y 44.1.a) LOTC este tribunal ha incluido el incidente de nulidad (por todas, SSTC 28/2004, de 4 de marzo, FJ 4; y 235/2005, de 26 de septiembre, FJ 2), incidente que en el momento en que fue interpuesto por los recurrentes se regulaba en el artículo 240.3 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo (en la actualidad, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se recoge en el artículo 241 LOPJ), y que constituye un remedio destinado a obtener la reparación de los defectos de forma que hubieran causado indefensión o de la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer Sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la Sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

En fin, en la misma línea de la doctrina expuesta, también hemos señalado en reiteradas ocasiones que, cuando, por su propia decisión el ciudadano ha intentado un remedio procesal o recurso contra una resolución judicial, el proceso constitucional no puede iniciarse hasta que la vía judicial, continuada a través de ese remedio o recurso, no se haya extinguido, dado que contradice el carácter subsidiario del recurso de amparo su coexistencia temporal con otro recurso seguido en la vía judicial ordinaria (entre muchas otras, SSTC 189/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 15/2003, de 28 de enero, FJ 3; 82/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 97/2004, de 24 de mayo, FJ 3; y 13/2005, de 31 de enero, FJ 3).»

(STC 85/2006, de 27 de marzo. Recurso de amparo 2938/2001. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 4 de mayo de 2006).

ARTÍCULO 44.1.C)

Invocación judicial previa del derecho fundamental vulnerado

«La falta de invocación temprana de la eventual indefensión sufrida, exigida en el artículo 44.1.c) LOTC, impide a este Tribunal examinarla por imperativo del artículo 50.1.a) del mismo cuerpo normativo. Y es que tal requisito “no es un mero formalismo inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, de otro, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente (SSTC 11/1982, 75/1984, 46/1986, 203/1987, 182/1990, 97/1994, 29/1996 y 77/1999, entre otras muchas)” (SSTC 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 222/2001, de 5 de noviembre, y 133/2002, de 3 de junio, FJ 3).»

(STC 26/2006, de 30 de enero. Recursos de amparo 623/2004, 958/2004 y 1311/2004 (acumulados). Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 1 de marzo de 2006. En el mismo sentido, STC 313/2005, de 12 de diciembre —«BOE» de 12 de enero de 2006—; STC 30/2006, de 30 de enero —«BOE» de 1 de marzo de 2006—; STC 55/2006, de 27 de febrero —«BOE» de 31 de marzo de 2006—; y STC 265/2006, de 11 de septiembre —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

ARTÍCULO 46.1.B)

Legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en amparo

«La legitimación para recurrir en amparo que el artículo 162.1.b) CE atribuye al Ministerio Fiscal, y que aparece igualmente recogida en el artículo 46.1.b) LOTC, se configura, según tuvimos ocasión de señalar en la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 1, “como un *ius agendi* reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el artículo 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos”.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal ha venido admitiendo la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo no sólo en defensa de derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también para denunciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del propio Ministerio Fiscal en su condición de parte procesal en el proceso a quo (así, SSTC 148/1994, de 12 de mayo, y 256/1994, de 26 de septiembre).»

(STC 17/2006, de 30 de enero. Recurso de amparo 6707/2001. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 49.1

Requisitos para la interposición de la demanda de amparo

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, lo determinante para el examen de la demanda de amparo no es la concreta identificación del precepto constitucional, ni tampoco la denominación o nomen iuris del derecho fundamental que se entiende lesionado, sino que la queja haya sido correctamente planteada en la demanda, resultando claramente delimitada la infracción y las razones en que se asienta la queja (SSTC 154/2001, de 2 de julio, FJ 2; 55/003, de 24 de marzo, FJ 1; 75/2003, de 23 de abril, FJ 4; 118/2003, de 16 de junio, FJ 2; 50/2004, de 30 de marzo, FJ 2, y 181/2005, de 4 de julio, FJ 1, entre otras).»

(STC 308/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 463/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 12 de enero de 2006. En el mismo sentido, STC 2/2006, de 16 de enero –«BOE» de 15 de febrero de 2006–)

ARTÍCULO 86.1

Pérdida de objeto del proceso de amparo

«Como hemos afirmado en la STC 13/2005, de 31 de enero, FJ 2, y en la STC 128/2006, de 24 de abril, FJ 2, “la desaparición sobrevenida del objeto del proceso, aun cuando no contemplada expresamente en el artículo 86.1 LOTC, ha sido admitida por este Tribunal como forma de terminación de los distintos procesos constitucionales (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 procedimiento 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 inició el procedimiento (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, podemos decir 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 medio de dicha vía otras pretensiones que las dirigidas al restablecimiento o la preservación de aquellos derechos (art. 41.3 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, la demanda de amparo 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)”.

No obstante, como también señala la STC 128/2006, de 24 de julio, FJ 2, la pérdida de objeto, si “es debida a una reparación por parte de los propios órganos judi-

ciales provocada por una actuación procesal de la parte simultánea o anterior a la interposición de la demanda de amparo, salvo en algunos casos específicos, lo que normalmente encubre es la existencia de una demanda de amparo prematura incurso, por ello, en un óbice procesal insubsanable que lleva a la inadmisión de la demanda por incompatible con el carácter subsidiario que es propio del recurso de amparo”.

(STC 332/2006, de 20 de noviembre. Recurso de amparo 3321/2004. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 20 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 87.1

Acatamiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional por los órganos judiciales

«Debemos recordar que, de conformidad con lo ordenado en los artículos 87.1 LOTC y 5.1 LOPJ, los órganos judiciales están obligados al cumplimiento de lo que el 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 ATC 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 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6).»

(STC 300/2006, de 23 de octubre. Recurso de amparo 7154/2002. Ponente. Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 28 de noviembre de 2006).

LEY 4/1985, DE 21 DE MARZO, DE EXTRADICIÓN PASIVA

Inexistencia de cosa juzgada material en las Sentencias de extradición

«Este Tribunal, en relación con las características y finalidades inherentes al procedimiento de extradición, ha manifestado de modo reiterado que la extradición pasiva o entrega de un ciudadano a otro Estado constituye un procedimiento en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición, sin que se formule pronunciamiento alguno acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, sino que se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las

normas para acordar la entrega del sujeto afectado (entre otras, SSTC 277/1997, de 16 de julio; 141/1998, de 29 de junio, FJ 3; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3). Y en lo tocante al eventual efecto de cosa juzgada de las resoluciones que resuelven la procedencia o no de la entrega con causa extradicional, hemos declarado que “en atención precisamente a la propia naturaleza del proceso extradicional”, “las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no producen el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden en determinados supuestos ser sustituidas por otras” (SSTC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5, y 156/2002, de 23 de julio, FJ 3).

(.../...)

La aplicación de la citada doctrina ha de ser modulada en atención a las circunstancias del caso concreto, pues la cuestión podría recibir diferente respuesta en función de cuál fuera la *ratio decidendi* sobre la que se hubiera fundado la denegación de la entrega del reclamado en el primer proceso extradicional cuyo efecto de cosa juzgada se discute. En este sentido, la propia formulación de la doctrina de este Tribunal en las citadas Sentencias establece la posibilidad de que puedan producirse excepciones al principio expuesto, admitiendo, a sensu contrario, que “en determinados supuestos” las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no puedan ser sustituidas por otras.

A tal efecto, hemos de precisar que en la STC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5, la alegación del recurrente referida al desconocimiento de la cosa juzgada material no tomaba como referencia las resoluciones dictadas en un procedimiento extradicional previo, que habían sido anuladas por este Tribunal, sino la propia Sentencia de este Tribunal (141/1998, de 29 de junio) que las había anulado. La *ratio decidendi* en dicho caso se asentó en que, a pesar de que en el fallo de la STC 141/1998 no se había ordenado la retroacción de actuaciones para que la Audiencia Nacional dictara una nueva resolución, sin embargo, la nulidad decretada de las resoluciones de la Audiencia Nacional había dejado imprejuzgada la cuestión relativa a la procedencia legal de la solicitud de extradición formulada, por lo que, no habiendo retirado el Estado reclamante su solicitud de entrega, resultaba necesario un nuevo pronunciamiento del órgano judicial competente para declarar la procedencia o improcedencia de la extradición.

En el mismo contexto, hemos de puntualizar también que en la STC 156/2002, de 23 de julio, este Tribunal sostuvo que los razonamientos exteriorizados en los Autos de la Audiencia Nacional recurridos no vulneraban el derecho alegado al entender que en el caso concreto no podía predicarse el efecto de cosa juzgada “porque no se había examinado en cuanto al fondo la anterior petición de extradición y el Estado reclamante había modificado la causa de pedir, esto es, el título extradicional, en el que fundó su nueva petición de extradición” (FJ 4). En primer lugar, razonamos que, a pesar de existir en las primeras resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional argumentos relativos a la condena en rebeldía del recurrente, sin embargo, dichos argumentos constituían meros *obiter dicta*, pues la *ratio* de la denegación de la extradición fue otra; de modo que los Autos denegatorios de la extradición no habían efectuado un examen de fondo sobre la demanda extradicional. En segundo lugar, argumentamos que las resoluciones que declararon la procedencia de la extradición se fundamentaban en un título extradicional distinto al esgrimido por el Estado reclamante en la petición anteriormente resuelta.»

(STC 83/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 6862/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 18 de abril de 2006).

LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 267

Recurso de aclaración

«La reiterada doctrina de este Tribunal, que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva, recogida, entre las más recientes, en las SSTC 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 3 a 7; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 89/2004, de 19 de mayo, FJ 3; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 224/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4; o 162/2006, de 22 de mayo, FJ 6.

El principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado con carácter general en el artículo 267 LOPJ un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido, siendo esta vía aclaratoria plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales.

Ahora bien, tal remedio procesal no permite alterar sus elementos esenciales, debiendo atenerse siempre el recurso de aclaración, dado su carácter excepcional, a los supuestos taxativamente previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y limitarse a la función específica reparadora para la que se ha establecido (por todas STC 112/1999, de 14 de junio, FJ 2). En la regulación del artículo 267 LOPJ coexisten dos regímenes distintos: de un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro, la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (por todas STC 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

En relación con las concretas actividades de “aclarar algún concepto oscuro” o de “suplir cualquier omisión”, que son los supuestos contemplados en el artículo 267.1 LOPJ, por definición no deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a mantenerse en el contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado. Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos, se ha considerado como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 142/1992, de 13 de octubre, FJ 2). La corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de

modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción atente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (por todas STC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3). No puede descartarse, pues, en tales supuestos, “la operatividad de este remedio procesal aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo” (STC 19/1995, de 24 de enero, FJ 2).

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que, cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación *ex* artículo 267 LOPJ, aun variando el fallo. Cosa distinta es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, extraña una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, en cuyo caso, de llevarla a efecto, se habría producido un desbordamiento de los estrechos límites del citado precepto legal y se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas STC 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 5, 6 y 7).»

(STC 305/2006, de 23 de octubre. Recurso de amparo 6974/2003. Ponente. Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 28 de noviembre de 2006).

REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 242.i)

Derecho del interno a asesorarse durante la tramitación del expediente sancionador

«Este Tribunal ha reiterado que la Constitución garantiza a los internos contar con un asesoramiento jurídico suficiente en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimado proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición, lo que determina que sea la obstaculización o impedimento injustificado por parte de la Administración de esta posibilidad lo que constituye la lesión del derecho de defensa. Igualmente, se ha señalado que esta garantía constitucional se cumple suficientemente con la posibilidad prevista en el artículo 242.2.i) del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario (en adelante, RP 1996) de que el asesoramiento sea realizado a través de letrado,

funcionario o por cualquier otra persona que el interno designe, si bien en este último caso haciéndose especial incidencia en que la solicitud de asesoramiento, en cuanto supone la comunicación con una tercera persona, está inevitablemente condicionada a que resulte compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (por todas, STC 104/2003, de 2 de junio, FJ 5). Ello determina que, salvo que las decisiones de la Administración impliquen una privación real al interno de la posibilidad de articular su defensa, el establecer condicionamientos a la forma en que ha de procurarse el asesoramiento no pueden causar la vulneración del artículo 24.1 CE; y menos aún si de las opciones que el ordenamiento ofrece al interno para recibir asesoramiento, éste opta por aquellas que impiden cumplir los fines de la pena privativa de libertad o las normas de seguridad del centro (STC 27/2001, de 29 de enero, FJ 12). Esta última consideración está en relación con la exigencia, también reiterada por este Tribunal, de que para apreciar una indefensión vulneradora del artículo 24.1 CE resulta necesario que la situación en que ésta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (por todas, STC 295/2005, de 21 de noviembre, FJ 5).»

(STC 55/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 3010/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 31 de marzo de 2006).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

ARTÍCULOS 28 Y 29

Distinción entre cooperación necesaria y complicidad. Teorías del dominio del hecho y la relevancia de la aportación. Participación en un delito de secuestro

Como dice nuestra Sentencia de 6 de junio de 2005, tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (Sentencia de 24 de abril de 2000). De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis*. Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior.

Para la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, las teorías que se mantienen son la del dominio del hecho y la relevancia de la aportación. La jurisprudencia, aun con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última. En efecto, el Código Penal parece haber distinguido entre coautores, que menciona

en el artículo 28 primer párrafo, al referirse a los que cometen el delito «conjuntamente» con otro (u otros), y partícipes necesarios, que define en el segundo párrafo. Aparentemente, los cooperadores necesarios tendrían lo mismo que los coautores, el dominio del hecho, dado que, se podría pensar, si alguien hace una aportación al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer, retirando su aportación, impediría que el hecho se llevara a cabo. Si esto fuera así, su dominio (funcional) del hecho parecería claro, pero, al mismo tiempo, la distinción entre coautores y cooperadores necesarios sería prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria. Sin embargo, en el sistema de derecho vigente, la distinción es dogmáticamente necesaria. Como se ha señalado en la doctrina, el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos. Consecuentemente si la aportación necesaria se ha producido en la etapa de preparación, el agente que realiza una aportación necesaria será un partícipe necesario, pero no coautor. De esta manera se explica que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no deba ser apoyada en la noción de dominio del hecho.

Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice, no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

Con otras palabras: el dominio del hecho no se determina sólo mediante la causalidad. Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el artículo 28.2º.b) CP. Si no lo es, será aplicable el artículo 29 CP. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la *conditio sine qua non*, sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto (STS de 24 de septiembre de 2003).

En el caso enjuiciado, la conducta de Alfredo no se reduce a acompañar a los autores directos del secuestro a efectuar la misma detención ilegal de la víctima (acto de por sí harto discutible respecto a si integra ya una autoría material del delito previsto en el art. 164 del Código Penal), o los actos de estancia y acompañamiento dentro de la casa de Alcira en donde se retiene, encerrado, a Pedro Francisco. Incluso durmiendo en la misma habitación que este último. Es más, asistiendo también a la entrega para su liberación y cobro del rescate, junto al resto de los partícipes, en donde es detenido junto a los demás por la Guardia Civil. Sino que lo que el Ministerio fiscal resalta en esta instancia es que si los actos anteriores podrían ser discutibles en cuanto a su incardinación en la autoría material, no puede ofrecer ya ninguna duda el hecho de que los familiares de la víctima llamen a Alfredo por teléfono, facilitado sin duda por Gonzalo, indicándoles pagaran el precio indicado por su hermano.

En efecto, esta participación escapa de la mera instrumentalidad de un cómplice para colmar las exigencias típicas del cooperador necesario, al atender las llamadas telefónicas en nombre de los secuestradores, e indicarles el pago del precio del rescate, aunque él no lo haya fijado.

De igual modo, la conducta de Maribel es constitutiva de una participación criminal a título de cómplice, e incluso de algo más, a la vista del episodio final en donde se relata otra conversación telefónica indicando a la esposa de la víctima que pagara la cantidad para obtener la libertad de su marido, el cual, incluso le

proporciona a ella las llaves del vehículo para garantizar la entrega. Ahora bien, al ámbito del recurso nos impide llegar a otras conclusiones, pues el recurso del Ministerio fiscal se reduce exclusivamente al comportamiento punitivo de Alfredo y no de Maribel.

En consecuencia, procede la estimación del recurso del Ministerio fiscal, y el dictado de una segunda sentencia. Y correlativamente se desestiman los reproches casacionales de ambos recurrentes.

(Sentencia de 27 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 20.4

Eximente de legítima defensa. Requisitos

Esta eximente, como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, tal como señala la STS de 3 de junio de 2003, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un *animus defendendi* que, como ya dijo la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor (*animus necandi o laedendi*), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar o lesionar necesarios para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

Por ello, tal como destaca la STS de 16 de noviembre de 2000, esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquélla.

Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenaza la convicción de un peligro real o inminente (STS de 12 de

julio de 1994), exigiéndose «un peligro real y objetivo con potencia de dañar» (STS de 6 de octubre de 1993).

La defensa a su vez, requiere:

a) Ánimo de defensa, que se excluye por el «pretexto de defensa» y se completa con la *necessitas defenssiones* cuya ausencia da lugar al llamado exceso extensivo o impropio excluyente de la legítima defensa, incluso como eximente incompleta (SSTS de 22 de enero de 2001 y de 3 de junio de 2003).

b) Necesidad racional del medio empleado, que supone: necesidad o sea, que no pueda recurrirse a otro medio no lesivo, siendo de señalar que la fuga no es exigible (STS de 9 de diciembre de 1999); y proporcionalidad, en sentido racional no matemático «que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo» (STS 16 de diciembre de 1991), «en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva, en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que «esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado», de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno (STS de 1 de abril de 2004).

Si falta la proporcionalidad de los medios -dice la STS de 10 de octubre de 1996)- nos hallamos ante un exceso intensivo o propio, que no impide la apreciación de una eximente incompleta y que incluso «puede ser cubierto por la concurrencia de un error invencible de prohibición» y también «por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa» (STS de 18 de diciembre de 2003).

(Sentencia de 28 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 20.7

Eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Requisitos. Funcionario en ejercicio de sus funciones: el empleo de la defensa de goma no fue con la finalidad de mantener el orden y régimen del establecimiento penitenciario y menos aún repeler el acometimiento del recluso. La utilización del medio coercitivo por el funcionario lo fue por su exclusiva iniciativa, sin conocimiento de sus superiores, y por motivos ajenos al régimen y orden penitenciario

Es doctrina jurisprudencial consolidada, entre otras STS de 5 de marzo de 2004, la que establece que la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, según lo señalado desde hace tiempo la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales puede verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimientos de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como

antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada (STS de 5 de noviembre de 2002).

Por ello la exigente que se invoca prevista en el artículo 20.7 CP requiere, con carácter general, la concurrencia de los siguientes requisitos sintéticamente expuestos, según doctrina consolidada de esta Sala, de la que son exponente, entre otras las SSTS de 31 de octubre de 2000 y de 25 de abril de 2003.

1 Que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo.

2 Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente.

3 Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe, esto es que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. (Si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de la exigente núm. 7, art. 20, no cabe su aplicación, ni siquiera como exigente incompleta).

4 Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto).

5 Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública (SSTS de 18 de septiembre de 2001 y de 22 de enero de 2005).

Y en cuanto a los funcionarios de prisiones en particular, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, exige a los internos no sólo el acatamiento de las normas de régimen interior [art. 4.b)] sino mantener una actitud de respeto y consideración a los funcionarios [art. 4.c)] señalando que el «régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia adecuada (art. 41.1) y el propio Reglamento aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, artículo 72, atribuye al director, entre otras funciones, la de «autorizar la utilización de los medios coercitivos, comunicando su adopción y cese al Juez de Vigilancia», y dentro de estos medios coercitivos se encuentra el uso de las defensas de goma, artículo 45 de la LGP. y 72.1 del Reglamento.

No debe olvidarse, que entre los deberes de los internos se encuentran el acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciban del personal penitenciario, colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del Centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, funcionarios, reclusos y demás personas, artículo 5 del Reglamento.

Igualmente, de conformidad con el artículo 71 del Reglamento, «las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamen-

tales, especialmente los que se practiquen directamente sobre las personas. Cuando los funcionarios, con ocasión de cualquiera de las medidas de seguridad, detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indiciaria de una posible perturbación de la vida normal del centro, lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Jefe de servicio, sin perjuicio de que, en su caso, hagan uso de los medios coercitivos a que se refiere el artículo siguiente. «Como dijimos, entre dichos medios se encuentran, según el artículo 45.1 de la LOGP, el aislamiento provisional y el empleo de las defensas de goma, cuyo uso, será proporcional al fin pretendido y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario, artículo 72.1 del Reglamento».

Confrontando la actuación del funcionario recurrente que se describe en los hechos probados con la del recluso, se colige que la de aquél fue en todo momento contraria a la normativa del régimen penitenciario al estar en total desconexión con la actividad desarrollada por el preso, y además el empleo de la defensa de goma no lo fue con la finalidad de mantener el orden y régimen del establecimiento penitenciario y menos aún repeler el acometimiento del recluso. La utilización del medio coercitivo por el funcionario lo fue por su exclusiva iniciativa, sin conocimiento de sus superiores, y por motivos ajenos al régimen y orden penitenciario (para que se «abstuviera de tratarlo como si fuese un mariquita»).

(Sentencia de 28 de diciembre de 2006)

ARTÍCULO 21.3

Atenuante de arrebató u obcecación. Estado de tristeza y ansiedad no relevantes para apreciar la atenuante. Deseo de venganza que no cabe confundir con el estado pasional. Requisitos del estado pasional

El artículo 21.3^a considera circunstancia atenuante la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. La cláusula de cierre, que permite apreciar con el mismo efecto otros estados pasionales diferentes, resta trascendencia a la diferencia entre el arrebató y la obcecación, pero ello no quiere decir que puedan alegarse conjunta y simultáneamente, pues se trata de estados pasionales distintos. El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una «especie de conmoción psíquica de furor» y la segunda como «un estado de ceguedad u ofuscación», con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda (STS de 2 de julio de 1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el «arrebató como emoción súbita y de corta duración» y la «obcecación es más duradera y permanente» (STS de 28 de mayo de 1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS de 10 de octubre de 1997).

El recurrente alega un estado de obcecación, es decir, de obsesión profunda que impide en alguna medida la adecuada valoración y el control sobre la conducta, pero luego, en su argumentación se desvía hacia la explosión incontrolada, más propia del arrebató.

En cualquier caso, no se aprecian los requisitos del estado pasional. En la STS de 19 de enero de 2006, se decía que «Es jurisprudencia de esta Sala, por todas STS de 19 de diciembre de 2002, que son dos los elementos configuran esta atenuante: causa y efecto: 1º. Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción. Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima. El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural. 2º. Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante.

Arrebato se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante. El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos”.

Su esencia, como se recuerda en la STS de 24 de septiembre de 1996, radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, merendándolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia. La jurisprudencia de esta Sala, que excluye el arrebato en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente. Se ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación.

En primer lugar, debe constatare la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS de 13 de febrero de 2002), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (Sentencia de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emo-

cional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS de 6 de octubre de 2000). En segundo lugar ha de quedar acreditada la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción. En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo. En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebató no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo. Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia» (STS de 17 de julio de 2000).

Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

Así, «la reacción amparada en la atenuación debe ir dirigida a la asegurar la convivencia social, pues no ha de olvidarse la función del derecho penal, la ordenación de la convivencia, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia. De ahí que no pueda aceptarse como digna de protección por el ordenamiento, mediante una circunstancia que refleja una menor culpabilidad, una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género, manteniendo una especie de derecho de propiedad sobre la mujer con la que se ha convivido».

Y en la STS de 7 de diciembre de 2005, en un supuesto similar al aquí examinado, se decía que «lo que se describe en el hecho probado no es sino una reacción extremadamente colérica del acusado ante la actitud de la mujer orientada a hacer uso legítimo de su libertad de opción vital, y como se ha dicho en otras ocasiones, la atenuante de arrebató no supone que el derecho venga a reconocer un menor reproche o a privilegiar de alguna forma reacciones coléricas que lesionan bienes ajenos, y menos aún para atenuar la responsabilidad de quien actúa violentamente para imponer a otro una relación afectiva o de pareja no deseada o para represaliar su libre decisión de no continuarla».

El recurrente basa el estado pasional que alega en la decisión de la mujer agredida de solicitar el divorcio, y después, de iniciar una nueva relación con un tercero.

En los hechos probados, de los que es preciso partir habida cuenta de la vía de impugnación, solamente resulta que el acusado estaba resentido con su esposa desde el divorcio al iniciar ella una nueva relación sentimental y al hacerla culpable de su penuria económica. Es claro, en primer lugar, que no se trata de estímulos adecuados para atenuar la responsabilidad por una reacción colérica o violenta que pueda seguirlos. En segundo lugar, tampoco de los hechos probados resulta una ofuscación prolongada más allá del resentimiento mencionado, pues no puede confundirse el deseo, más o menos explicitado o desarrollado, de venganza o de represalia contra una persona con un estado pasional profundo que enturbie la claridad de la conciencia de forma relevante debilitando las facultades de control para ajustar la conducta a la llamada de la norma. Ni tampoco se aprecia una actuación explosiva, pues el recurrente preparó concienzudamente la agresión, aprovisionándose de un arma adecuada, debidamente cargada y acechando la llegada de la mujer desprevenida, por un lugar por el que transitaba con fiado a diario.

No concurren, por lo tanto, los requisitos precisos para apreciar la atenuante de estado pasional, lo que determina la desestimación del motivo.

(Sentencia de 12 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 22.6.^a*Agravante de aprovechamiento de la circunstancias de lugar. Zona solitaria y aislada a la que la víctima es conducida intencionadamente*

Por lo que se refiere al aprovechamiento de las circunstancias del lugar en el que los hechos acaecieron, la concurrencia de tal causa de agravación es indudable, al tratarse de una zona solitaria y aislada, a la que fue intencionadamente conducida la víctima, de modo que ni tan siquiera pudieron ser escuchados los disparos llevados a cabo, de acuerdo con lo que expresamente nos dice la Sentencia recurrida cuando en ella se afirma que, tras expresar el recurrente a su novia sus propósitos criminales, «... el acusado, Begoña y Jesús Manuel, caminando, salieron del núcleo urbano y se adentraron por el monte, ocultando aquel entre sus ropas la escopeta antes descrita. Una vez alcanzada una zona que el acusado consideró lo suficientemente alejada, en un paraje conocido como «El Chorrillo» y en las proximidades de una especie de ermita en construcción...».

(Sentencia de 17 de noviembre de 2006).

ARTÍCULO 22.7.^a*Prevalimiento del carácter público. Requisitos. Aprovechamiento de la condición de autoridad. Alcalde y Teniente de Alcalde que se prevaleen de sus cargos para la comisión de conductas delictivas*

Aducen los recurrentes que la agravación sería aplicable si los condenados hubieran actuado como particulares en su propio beneficio, para alcanzar mayor facilidad en la comisión del delito y dificultades en su averiguación, pero no es de aplicación al presente supuesto en el que los condenados han actuado en el ejercicio de su cargo.

El motivo debe ser desestimado. Es cierto que la concurrencia de la agravación no es de apreciar en aquellos tipos penales en los que el ejercicio de la función pública forma parte del tipo penal, como los delitos de los funcionarios públicos (art. 67 CP).

Este no es el supuesto, los recurrentes, Alcalde y Teniente de Alcalde, respectivamente, del Ayuntamiento de Pego, contrarios a la constitución del parque realizaron las conductas que se declaran probadas y que realizaron con prevalimiento de las funciones públicas encomendadas, y desde esa función pudieron ordenar determinadas conductas, como la de prender fuego, o arengar a personas para que impidieran la salida del Director del parque natural. Los recurrentes eran funcionarios públicos y Autoridad que realizaron la conducta típica y en su realización se prevalecieron de su condición de funcionarios públicos.

La agravación declarada concurrente consiste en el aprovechamiento de un determinado estado para la realización del hecho delictivo y comprende tanto las acciones del funcionario que actúa en su propio y particular beneficio como la del funcionario que abusa de su función, aunque es preciso que no se trate de un actuar extralimitando su función. En otras palabras, la agravación puede ser aplicable al

funcionario público cuya conducta típica no guarda relación con su función pública propia, pues esa extralimitación podrá ser típica de un delito de otra naturaleza.

En este supuesto fáctico, los acusados que eran representantes populares en el gobierno municipal y lo presidían, aprovecharon esa condición para ordenar las conductas lesivas al parque natural, y para realizar el acto de acometimiento que ha sido subsumido en el tipo penal.

Reiterados precedentes de esta Sala avalan esta interpretación (STS de 2 de julio de 1998) en el sentido expuesto de distinguir en las conductas de los funcionarios públicos aquellos supuestos en los que esa condición forma parte del tipo penal y cuando en la infracción penal se produce una extralimitación, supuestos en los que no es compatible la aplicación de la agravación, de aquellos otros en los que el delito cometido no guarda relación estrecha con las funciones públicas y ha sido actuado con aprovechamiento de la condición de funcionario público.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

(Sentencia de 6 de noviembre de 2006).

ARTÍCULO 138

Homicidio y lesiones. En concurso ideal. Animus necandi. Error en el golpe o aberratio ictus; falta de acierto en la dirección del ataque. El acusado dirige el arma contra una persona y alcanza a otras dos provocándoles la muerte y lesiones respectivamente

Se niega la existencia del dolo alegándose que el disparo se produjo de forma accidental y que su trayectoria ha de considerarse fortuita e incontrolable, totalmente ajena a la voluntad del acusado.

Las alegaciones efectuadas en defensa del motivo se enfrentan al relato fáctico de la sentencia de instancia, que debe ser rigurosamente respetado y que de ningún modo recoge que el disparo se produjese de forma accidental y fortuita, muy al contrario, se declara probado que el acusado empuñando una pistola calibre 9 mm *Parabelum*, montada y con el seguro de aleta desactivado y, con intención de acabar con la vida de Fermín, le apuntó con ella a la altura del pecho y ante tal circunstancia, Fermín, viendo peligrar su vida, agarró el brazo de Tomás, a la altura de la muñeca, disparando en ese momento el acusado, disparo que alcanzó a Íñigo que se encontraba en las proximidades, causándole la muerte, y tras atravesar el cuerpo de Íñigo alcanzó a Sofía, que también se encontraba en la zona, causándole heridas.

El Tribunal de instancia califica la conducta del acusado como constitutiva de un delito de homicidio en concurso ideal con un delito de lesiones, rechazando la calificación imprudente sostenida por la defensa, afirmando que el ánimo de matar está presente tanto en los momentos inmediatos, coetáneos y posteriores a la acción, por las razones que se exponen, señalándose especialmente el arma utilizada y la zona a la que dirigía el disparo, que efectuó de forma voluntaria y no accidental para acabar con la vida de Fermín y que al desviarse la trayectoria de la bala por la acción defensiva de la víctima, alcanzó a las otras dos personas, produciéndose un supuesto de error en el golpe o *aberratio ictus*, que resulta irrelevante o intrascendente al existir identidad entre el resultado causado y el buscado, en cuanto afectan a los mismos bienes jurídicos y poseen la misma significación jurídico penal.

El supuesto enjuiciado constituye una modalidad de error de tipo denominada *aberratio ictus* o error en el golpe en el que el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar.

Esta Sala –STS de 29 de marzo de 2001, de 11 de julio de 2001 y de 7 de febrero de 2002– tiene declarado que el error en el golpe o *aberratio ictus*, consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, resulta irrelevante o intrascendente si existe identidad en el bien jurídico protegido.

En todo caso, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho ya que, como se declara en la Sentencia antes citada de 7 de febrero de 2002, en los casos de *aberratio ictus* la doctrina coincide en señalar que en estos supuestos el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero, a causa de la deficiente realización de la misma, ésta recae sobre otro objeto de idéntica protección y calificación jurídica, si bien se añade que, para una más correcta calificación jurídica, se debe tener en cuenta si el segundo objeto sobre el que recayó y sufrió la lesión estaba o no a la vista del autor. Si ciertamente estaba a su vista, se debe admitir el llamado dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable; en este sentido se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1994; por el contrario, en aquellos casos en los que no estaba a la vista del autor el objeto sobre el que recayó su acción, la doctrina dominante sostiene que el sujeto debe responder por tentativa de homicidio respecto del objeto determinado sobre el que proyectó la acción, en concurso ideal con homicidio imprudente respecto al objeto sobre el que recayó su acción, ya que el autor, en este segundo supuesto, no ha tenido un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, deba imputársele a título de dolo.

En el supuesto enjuiciado, dada la proximidad existente entre la posición del acusado cuando efectuó el disparo y el de la víctima que falleció –se dice por los testigos que era aproximadamente de dos metros–, su presencia tenía indudablemente que estar abarcada por la vista del autor, por lo que resulta correcta, de acuerdo con la doctrina que se ha dejado expresada, la calificación jurídica de homicidio doloso realizada por el Tribunal de instancia.

Así las cosas, cumplida la imputación objetiva al haberse verificado que el resultado es la realización del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción del recurrente quien tenía conocimiento y representación del peligro que creaba con su acción, concurrirían, según los hechos que se declaran probados, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito doloso de homicidio.

Y alternativamente se dicen infringidos los artículos 62, 70.1.2º, 77, 138 y 142.1 del Código Penal argumentando que la sentencia de instancia considera que la eventual calificación de concurso entre un delito frustrado (homicidio imprudente) y otro culposo (homicidio imprudente) podría constituir una *reformatio in peius* cuando entiende el recurrente que ese criterio le hubiera favorecido en cuanto a la extensión de la pena a imponer.

No se corresponde con la realidad lo que se afirma en defensa de este extremo del motivo ya que el Tribunal de instancia ha rechazado expresamente ese concurso entre delito doloso frustrado y delito imprudente, no planteándose, pues, ninguna calificación alternativa que pudiera favorecer al acusado, que por otra parte es de rechazar, conforme con la doctrina que se deja mencionada.

Por todo lo expuesto, no se han producido las infracciones legales que se denuncian y el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 1 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 139.3

Ensañamiento. Análisis de la agravante. El acusado propina treinta cuchilladas a la víctima, que cae al suelo tras las tres o cuatro últimas. Un número elevado de incisiones no demuestra ensañamiento. La agravante no es apreciada y los hechos se califican como homicidio, y no asesinato

La agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final.

Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución ya que se calcula hasta el milímetro la fase previa de aumento injustificado del dolor y sólo movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación, anunciándole, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido.

En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiéndola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico.

La sentencia, valorando la prueba, no puede determinar las causas de la agresión y las circunstancias que las desencadenan, por lo que admite este vacío y se limita a señalar o describir la forma en que se produce la agresión mortal. Ésta tiene lugar con un cuchillo cuyas características se ignoran al no haber sido hallado. Le propina hasta treinta cuchilladas «cayendo al suelo tras las tres o cuatro últimas».

A continuación, va detallando la localización de las incisiones: dos en el rostro, cinco en el cuello, veintitrés en el tórax anterior, que suman treinta, pero no nos describe, con la precisión exigida para justificar la aplicación de una agravante cualificativa, cuál fue la secuencia y cuáles las circunstancias en que se produjo. A efectos de plasmar de forma nítida la agravante de ensañamiento se necesitaría una descripción en la que constase que las incisiones en el rostro habían sido solamente superficiales y con el exclusivo propósito de causarle un dolor físico innecesario. Lo mismo cabría decir de las cuchilladas en el cuello aunque, en este caso, habría que ser más cuidadoso ya que una incisión en dicha zona es difícil de configurar como un acto de sadismo premeditado y no como una acción directamente encaminada a causarle la muerte. Las veintitrés heridas en el tórax, todas en la zona anterior izquierda y diseminadas por toda la zona torácica, como expresión de un método calculado para amagar y no causar la muerte, no aparecen perfiladas de tal forma, que nos permita admitir la perversa acción de aumentar el dolor del ofendido. Si, además, el hecho probado nos dice que éstas afectaron al tejido pulmonar, pericardio, cavidades ventriculares y cavidad peritoneal afectando al fundus gástrico, hígado y bazo, resulta absolutamente aleatorio e inseguro para el Derecho penal afirmar que sólo las tres o cuatro últimas causaron la muerte, imprecisión incomprensible en un dictamen tan minucioso, para que se pueda afirmar que, el exceso de incisiones, se debió a un ánimo de hacer sufrir a la víctima.

No podemos admitir, frente a algunas teorías o posturas, que la mera comprobación de un número elevado de incisiones o heridas demuestre, por sí sola, la metódica y calculada forma de escindir el propósito homicida en dos secuencias diferenciadas, una primera encaminada a solazarse en dolor del que se va a matar y la segunda exclusivamente y específicamente elegida para rematar la acción terminando con su vida.

En este caso, la cantidad de incisiones forman un todo dentro de lo que, por su propia naturaleza y circunstancias debe ser considerado como una agresión desenfrenada en la que el autor acomete a su víctima de forma desaforada e incontinente hasta que consigue, su único propósito, que no es otro que el de causarle la muerte.

Por ello el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 5 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 142.1 Y 3

Homicidio: Por imprudencia grave: existencia: policía local que en el curso de un tiroteo con un atracador alcanza a un compañero en la cabeza: pruebas que indican que no fue un proyectil rebotado, sino que demuestran que la víctima se encontraba en la línea de tiro y a una distancia de apenas metro y medio; Por imprudencia profesional: inexistencia: especial deber de cuidado en el manejo de las armas, inherente a la condición de policía ya tenuta en cuenta para calificar su conducta de gravemente imprudente, por lo que valorarla nuevamente para calificar su conducta como constitutiva de imprudencia profesional vulneraría el non bis in idem

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que, para que pueda apreciarse una conducta imprudente, es menester la concurrencia de los siguientes requisitos: a) una conducta –acción u omisión– voluntaria, pero no intencional; b) previsibilidad y evitabilidad del resultado dañoso de tal conducta; c) infracción por el agente de un deber objetivo de cuidado, especialmente impuesto en las correspondientes normas reglamentarias de la actividad de que se trate o en las normas socioculturales exigibles al ciudadano medio; d) producción del resultado dañoso o lesivo de bienes jurídicos legalmente determinados, y e) existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado producido. Cumplidos los anteriores requisitos, la distinción entre la imprudencia grave y la leve radica en la mayor o menor importancia del deber de cuidado infringido (v., por todas, la STS de 30 de junio de 2004).

En el presente caso, en el que es preciso partir del pleno respeto del relato de hechos declarados probados por el Tribunal de instancia (v. art. 884.3º LECrim.), cosa que la parte recurrente parece haber olvidado al cuestionar la existencia de la correspondiente prueba de cargo y hacer expresa mención de «los motivos anteriores» –todos ellos desestimados–, es indudable la concurrencia de los requisitos integradores de la conducta imprudente: ha existido una conducta voluntaria (el disparo del arma de fuego reglamentaria), no intencional (en cuanto, de modo patente, el mismo no fue efectuado con el propósito de alcanzar al compañero que se había parapetado, tras un vehículo, delante del acusado), pero realizada sin el cuidado que las exigencias concretas demandaban, lo que produjo un resultado lesivo (la muerte

de un agente de la Policía Local), resultado evitable (de haber actuado el acusado con la diligencia exigible a un agente de la Policía, evitando efectuar un disparo cuando una persona –en este caso un compañero suyo– se encontraba en la trayectoria del mismo), y unido a su conducta por una evidente relación de causalidad.

Nos resta, por tanto, examinar la cuestión relativa a la aludida omisión del deber de cuidado exigible en la conducta del acusado (Policía Local del Ayuntamiento de Vall d'Uxó), y valorar la gravedad de la misma, teniendo en cuenta que en el acusado concurría la circunstancia de ser un agente de la Policía Judicial [v. arts. 29.2 y 53.1.e) y g) Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad]], al que, por tanto, eran de aplicación las prescripciones de dicha ley: la exigencia fundamental de actuar siempre de acuerdo con el ordenamiento jurídico (v. arts. 103 y 104 CE y art. 5.1 de la Ley Orgánica 2/1986), así como la específica relativa al uso de las armas de las que están dotados estos agentes, que les impone una adecuada formación profesional, tanto teórica como práctica [v. art. 5.1.d) de la citada Ley Orgánica]; siendo evidente que, en el presente caso, el hoy recurrente efectuó el disparo que ocasionó la muerte del su compañero, Sr. Everardo, que se hallaba delante de él –parapetado detrás de un vehículo y armado también, al igual que el acusado–, frente al atracador al que pretendían detener, el cual se hallaba a unos diecisiete metros de distancia de la víctima, sin reparar en que el Sr. Everardo se encontraba en la línea de fuego de su disparo –omisión de diligencia ciertamente notable, por el evidente riesgo que comportaba para quien lógicamente tendría su vista en el atracador, sin poder prestar atención a cuanto quedaba a su espalda, tratándose además de un cuerpo móvil, cuyos movimientos, no podían ser controlados por el autor del disparo, y que, por consiguiente, podía interponerse, en cualquier momento, en la trayectoria del disparo –al incorporarse, mover su cabeza o desplazarse–, en la trayectoria de los disparos efectuados por el acusado contra el atracador.

Es preciso concluir, de todo lo dicho, que el acusado actuó –al efectuar el disparo causante de la muerte de su compañero, Sr. Everardo– con una importante omisión del cuidado exigible a quien –por su condición de Policía Local– debía tener una especial capacitación y experiencia en el manejo de las armas de fuego y que, por otra parte, no podía ignorar que su compañero se encontraba en el espacio que les separaba del atracador al que pretendían detener. Su conducta debe calificarse, por tanto, de imprudencia grave causante de homicidio (v. art. 14.1 CP). Por consiguiente, no es posible apreciar la infracción legal denunciada en este motivo.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo, al concurrir, en el presente caso, todos los requisitos que la jurisprudencia exige para apreciar una conducta gravemente imprudente y penalmente típica.

El artículo 142.3 del CP, cuya infracción aquí se denuncia, dice que «cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años».

El Tribunal de instancia ha calificado los hechos que declara probados en su sentencia como constitutivos de «un delito de homicidio por imprudencia profesional, previsto y penado en el artículo 1, 2 y 3 del Código Penal», «al concurrir todos los elementos que configuran tal infracción»; y tras, examinar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el particular, viene a concluir que «el acusado realizó en forma voluntaria una conducta (...) no querida, pero evitable si no hubiera efectuado el disparo en esas condiciones y siendo el acusado agente de Policía Local le era exigible un mayor deber de cuidado en el uso del arma de fuego, lo que hace calificar la conducta enjuiciada como imprudencia profesional del artículo 142, 1, 2 y 3 del Código Penal».

Desaparecida en el texto del artículo 142.3 del vigente Código Penal la expresión, contenida en el artículo 565, párrafo segundo, del Código Penal de 1973 –«cuando se produjere muerte (...) a consecuencia de impericia o de negligencia profesional (...)» (el subrayado es nuestro), en cuyo supuesto se estaría ante una imprudencia profesional y se impondría la correspondiente pena en su grado máximo–, al utilizarse en el texto actualmente vigente únicamente la expresión homicidio «cometido por imprudencia profesional», sin mayores precisiones, la jurisprudencia, que bajo la vigencia del Código Penal de 1973, vinculaba la imprudencia profesional con la impericia, viene configurándola actualmente –partiendo de que la conducta enjuiciada constituya una imprudencia grave– como aquélla en la que concurre «un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisculpables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de esa actividad profesional» (v., *ad exemplum*, la STS de 23 de octubre de 2001).

La falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por imprudencia profesional es causa de la conocida polémica doctrinal a la hora de distinguir entre lo que se viene denominando «imprudencia del profesional» y la «imprudencia profesional» propiamente dicha, cuestión especialmente dificultosa. La jurisprudencia, como hemos visto, pone el acento de la distinción –para apreciar la imprudencia profesional– en la posible infracción de la *lex artis* y de las más elementales cautelas exigibles a quienes, por su condición de profesionales, deben tener una especial capacitación y preparación para el desempeño de sus actividades profesionales, especialmente de las potencialmente peligrosas; siendo preciso, para el debido enjuiciamiento de este tipo de conductas, ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En el presente caso, es especialmente destacable el hecho de que el acusado y sus compañeros –uno de ellos desarmado, por tratarse de un agente interino– se encontraron a escasa distancia (a unos diecisiete metros) de un peligroso atracador armado (que comenzó a disparar contra ellos, cuando intentaban parapetarse tras de unos vehículos aparcados en batería), y que el artículo 5.2.d) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece –entre los «principios básicos de actuación» de los miembros de estos Cuerpos– que «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior» (es decir, los «principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance»); circunstancias que, indudablemente, concurrían en el presente caso, por lo que es preciso reconocer que la utilización del arma reglamentaria por parte del acusado estaba amparada por las correspondientes previsiones legales.

Llegados a este punto, es preciso reconocer que el especial deber de cuidado en el manejo de las armas, inherente a la condición de Policía Local que ostentaba el acusado, que, por tal circunstancia, había de tener una especial capacitación –teórica y práctica– para ello, ha sido tenida en cuenta para calificar su conducta de gravemente imprudente, lo cual impide, lógicamente, tener en cuenta de nuevo su condición de Policía Local para calificar su conducta como constitutiva de imprudencia profesional, por cuanto ello implicaría, de un lado, un indebido *bis in idem*, y, al propio tiempo, una aplicación prácticamente objetiva –impropia de un derecho penal de culpa– de un subtipo penal agravado, lo que no es jurídicamente admisible.

En todo caso, no puede desconocerse que, como ya hemos puesto de relieve en el Fundamento Jurídico anterior, el uso del arma reglamentaria por parte del acusado (que es lo que podría afectar más directamente al aspecto profesional de su actuación), estaba legalmente justificada, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, de tal modo que cuanto afecta a la mayor o menor destreza en el uso del arma, al efectuar el disparo causante de la muerte de uno de sus compañeros, debe ser valorado fundamentalmente a la hora de calificar su imprudencia que, como ya hemos dicho, debe ser considerada grave a los efectos del artículo 142.1 del Código Penal.

Por todo lo expuesto, procede la estimación de este motivo.

(Sentencia de 13 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 149

Lesiones graves. Violento cabezazo a la víctima que cae al suelo con resultado de traumatismo craneoencefálico. Causalidad entre acción y resultado

En el motivo segundo se apoya en el artículo 849.2º de la LECrim, designando como documentos varios informes médicos de los que afirma que se desprende con claridad que las lesiones no fueron causadas por el cabezazo que el recurrente propinó al lesionado, sino por el golpe que éste se dio contra el suelo al caer. Entiende que no puede ser condenado por un delito de lesiones del artículo 149, sino en todo caso como autor de una falta.

Aunque el recurrente no completa su queja con un motivo por infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim, con una invocación expresa y formal de la indebida aplicación del artículo 149 del Código Penal, debemos deducir de su argumentación que esa es en realidad su segunda pretensión derivada de la constatación previa de un error del Tribunal al declarar los hechos probados, tal como pretende expresamente. En primer lugar, pues, debería establecerse si los documentos designados demuestran que el origen de las lesiones es distinto del que se dice en la sentencia. Es claro que no es así, pues en todo caso las lesiones sufridas fueron la consecuencia de un traumatismo derivado directamente de la violenta agresión llevada a cabo por el recurrente.

En segundo lugar, debe establecerse si las lesiones se debieron al golpe de la cabeza del lesionado contra el suelo al caer y si esa caída fue una consecuencia del cabezazo que recibió. Y en tercer lugar, debe examinarse la posibilidad de considerar que el resultado es atribuible a su acción.

Desde la primera perspectiva, ya hemos dicho que el motivo no puede ser atendido, pues los documentos no demuestran un error del Tribunal al declarar probado que las lesiones fueron consecuencia de la agresión. Tampoco podría discutirse el origen de las lesiones, como se desprende incluso del propio planteamiento del motivo. El recurrente no niega que la caída que, según dice, causó las lesiones, fuera debida al cabezazo que él mismo propinó al lesionado, alcanzándole en la cabeza. Por lo tanto, es evidente la relación de causalidad natural entre su acción y el resultado lesivo. Además, entre las lesiones causadas por la agresión, según el hecho probado, se recogen traumatismo craneoencefálico con hemorragia subaracnoidea y contusiones, fundamentalmente en ambos polos frontales, así como traumatismo orbitario, las cuales parecen directamente atribuibles al golpe propinado por el acusado.

La tercera cuestión, en realidad, se dirige a decidir si el resultado es atribuible a esa acción. Una vez establecida la causalidad natural es preciso establecer si el resultado es penalmente atribuible a la conducta del autor. Según la doctrina de la imputación objetiva la conducta será típica si el resultado producido es una concreción del riesgo ilícitamente creado o incrementado por aquélla. Para ello es preciso identificar el riesgo desaprobado jurídicamente y comprobar si el resultado se ha producido dentro de sus límites. De no ser así, la conducta no sería típica.

Es claro que un fuerte cabezazo propinado directamente en la cabeza de la víctima por una persona de evidente corpulencia, como se dice en la fundamentación de la sentencia, es una acción creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado ante la ausencia de causas de justificación, ya que puede ser suficiente para privar de la consciencia y arrojar al suelo al agredido, con el consiguiente riesgo de golpearse nuevamente en la caída, esta vez contra el suelo, dado que aquélla tiene lugar fuera de todo control. Es evidente también que los traumatismos craneales severos pueden producir graves lesiones cerebrales y que una caída en esas condiciones puede causar una tal clase de traumatismo. La fractura del hueso occipital, en la que los peritos sitúan el origen de las secuelas, es, pues, un resultado comprendido en el ámbito del riesgo creado por un golpe de tal naturaleza y contundencia que puede originar una pérdida de consciencia y la consiguiente caída incontrolada al suelo. De otra parte, no consta en la sentencia que el golpe posterior se produjera contra otra cosa que no fuera el suelo, cuya existencia e influencia en la entidad del riesgo creado no pudiera ser conocida por el autor. Por lo tanto, en el caso, el resultado, es decir, la fractura ósea que determinó las importantes secuelas producidas, no excedió los límites del riesgo creado por la acción agresiva del acusado recurrente.

Como consecuencia, el motivo se desestima.

En el tercer motivo cuestiona el recurrente la existencia de dolo respecto del resultado, pues entiende que, siendo evidente que no quiso causar esas lesiones, no era exigible que pudiera contemplar la posibilidad de un resultado tan grave para su acción.

Resuelta en el anterior fundamento de Derecho la cuestión del tipo objetivo mediante la teoría de la imputación objetiva, plantea ahora el recurrente otra cuestión relacionada con el tipo subjetivo al negar la existencia de dolo respecto del resultado. La doctrina de esta Sala (STS de 20 de septiembre de 2005 y las que en ella se citan) ha considerado de forma reiterada que la eliminación por el legislador de la expresión «de propósito» que figuraba en los artículos 418 y 419 del Código Penal de 1973 supone que es suficiente con la existencia de dolo eventual. Ello no quiere decir que sea suficiente un dolo genérico de lesionar para imputar cualquier resultado lesivo, pues éste debe quedar cubierto al menos por dolo eventual, aun cuando no sea exigible una representación o aceptación de las lesiones concretas que luego se sufren por la víctima, bastando con una consideración acerca de la probabilidad de una lesión grave.

Es indiscutible la existencia de dolo directo respecto del acto agresivo inicial consistente en el golpe con la cabeza del agresor en la cabeza del agredido, tal como se describe en el hecho probado de la sentencia.

En cuanto al dolo sobre el resultado, no hay datos que indiquen la existencia de dolo directo. Sin embargo, nuestro Derecho penal no distingue en este punto entre los efectos del dolo directo y el eventual. Para la doctrina mayoritaria de esta Sala, actúa con dolo eventual quien conoce los elementos del tipo objetivo. Dicho de otra forma, quien actúa conociendo el peligro concreto que causa con su acción, la cual pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa, lo hace dolosamente. Como se dice en la STS de 23 de abril de 1992 (caso de la colza), citada por la STS de 25 de marzo de

2004, se entiende que existe dolo eventual «cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico». Esa decisión de continuar la ejecución conociendo el riesgo creado y sin posibilidad de control sobre su evolución, revela, al menos, la indiferencia del autor respecto a la probabilidad del resultado, pues la consideración que debió hacer acerca del mismo no le hizo desistir de su acción en la forma en la que definitivamente fue ejecutada. Para esta teoría, la diferencia con la culpa consciente se sitúa en la probabilidad de producción del resultado, que en el caso del dolo es alta y claramente apreciable.

En el caso, el recurrente pudo prever la pérdida de consciencia y la subsiguiente caída como un resultado natural de su violenta acción, y con ella la probabilidad de un golpe fuerte en la cabeza, de graves consecuencias. Como hemos dicho, no es preciso que se represente las lesiones concretas sufridas por el agredido, bastando con la consideración de una lesión grave. A pesar de esa clara previsibilidad, el recurrente ejecutó su acción, demostrando con ello una aceptación implícita de las consecuencias o al menos una indiferencia respecto de su producción.

Por ello, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 13 de septiembre de 2006).

ARTÍCULO 150

Lesiones. Agravación por deformidad por pérdida de dientes. No procede. Si bien la pérdida de incisivos y otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en tipo agravado, se admiten modulaciones en supuestos de menor entidad, atendida a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado

Recoge la Audiencia la doctrina de esta Sala adoptada en Pleno no jurisdiccional del 19 de abril de 2002 y seguida en las sentencias posteriores (STS de 10 de marzo de 2003 y de 3 de octubre de 2003): «La pérdida de incisivos y otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 del Código Penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta».

Y, aparte de que Antonio nació en 1952, la Audiencia atiende a que, de las cinco piezas dentarias afectadas, sólo un canino se halla ubicado en la pantalla delantera y, sobre todo, a que Antonio padecía, desde hacía algún tiempo, periodontitis crónica de adulto en estadio evolutivo medio, gingivitis moderada y policarías. La modulación que ha llevado a cabo la Audiencia para reputar incluidas las lesiones en el tipo básico debe reputarse ajustada a la ley en relación con las circunstancias del lesionado; por cuanto no cabe afirmar que la forma de la región afectada haya experimentado un cambio visible normalmente y peyorativo (tampoco detrimento en la función preexistente del órgano).

(Sentencia de 11 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 164

Delito de secuestro. Diferencias entre detención ilegal y coacciones. Principio de especialidad. Doctrina general. Introducción de la víctima en un vehículo y traslado a un lugar distante en donde permanece secuestrada durante cuatro días

El segundo motivo, formalizado esta vez por estricta infracción de la Ley, del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en consecuencia, con pleno respeto a los hechos declarados probados, denuncia la indebida aplicación del artículo 164 del Código Penal, insistiendo en que no se trata de un secuestro, sino que la víctima acompañó voluntariamente a sus raptos. Y que a lo sumo podía existir un delito de coacciones.

Es cierto que la detención ilegal típica se perfila más nítidamente en los casos de encierro o internamiento «en un lugar del que no es posible salir la víctima; por el contrario la simple «detención o inmovilización» de una persona presenta dificultades para su concreción en el tipo, ya que su duración puede ser momentánea o más o menos duradera y presentar afinidad con otras figuras delictivas como las coacciones. Sin embargo, el elemento subjetivo del injusto es el factor determinante de la diferenciación pues la detención ilegal es una modalidad delictiva eminentemente dolosa que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad ambulatoria. El delito de coacciones –no toda detención ilegal es una coacción– en términos penales, porque la coacción exige violencia (art. 172 CP) mientras que la detención ilegal admite otros medios comisivos, incluso el engaño, según la jurisprudencia (STS de 2 de noviembre de 1992). Tampoco la duración de la detención sirve para distinguirla necesariamente de la coacción ya que la detención es de consumación instantánea y no precisa por tanto duración determinada; por eso esta Sala insiste en marcar la diferencia entre ambos tipos delictivos, atendiendo al principio de especialidad para apreciar la detención ilegal si los medios violentos se enderezaron a privar a otro de su voluntad ambulatoria (SSTS de 23 de marzo de 1999 y de 15 de noviembre de 2001), sin desdeñar el factor temporal o mínimo soporte temporal aunque valorado en la medida que sirve para explicar la intención de atentar contra la libertad de movimientos, más que referido sólo a la duración (SSTS de 18 de enero de 1999, de 12 de mayo de 1999 y de 10 de abril de 2001).

La detención ilegal desplaza a las coacciones siempre que la forma comisiva encerrar o detener afectan al derecho de libertad deambulatoria (SSTS de 29 de septiembre de 1998 y de 25 de enero de 2002). En definitiva la diferencia entre los delitos de detención ilegal y coacciones –ambos, infracciones lesivas del bien jurídico constituido por la libertad personal– ha sido analizada y clasificada en múltiples ocasiones por la doctrina de esta Sala y según esta jurisprudencia el delito de coacciones es el género y el de detención ilegal la especie. Por lo tanto, es el principio de especialidad el que entra en juego cuando una u otra calificación se pueden proyectar sobre un mismo hecho. El delito de detención ilegal desplaza al de coacciones, siempre que la forma comisiva, representada por los verbos detener o encerrar, afecta no sólo a la genérica libertad de hacer o no hacer sino al específico derecho, incluido naturalmente en aquella libertad, de moverse y deambular o seguir a la persona que le plazca, a lo que se suele incorporar, no sin reservas, un cierto factor temporal porque la restricción de la facultad deambulatoria, para que integre el delito de detención ilegal, ha de tener una mínima duración difícil de precisar *a priori* antes de pon-

derar el conjunto de circunstancias que en cada caso puedan concurrir (SSTS de 9 de diciembre de 2002 y de 30 de enero de 2003).

Analizados los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora de instancia se describe un propio secuestro, con introducción de la víctima (Pedro Francisco) en un vehículo, mediante el uso de un arma blanca como medio intimidatorio, el traslado hasta un lugar distante 50 kilómetros de su domicilio, la petición de cantidades concretas a su esposa (desde 8.500 a 10.500 euros), recuperando su libertad de cuatro días de encierro, tras la intervención de la Guardia Civil. Los hechos citados colman las exigencias típicas de un propio delito de secuestro, sin ningún esfuerzo argumental, y no pueden ser calificados de simples coacciones, conforme a lo razonado más arriba.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 27 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 167

Detención ilegal. Detención ilegal por dos policías de dos empleados de un bar que se negaron a servirles y les expulsaron del local. Correcta aplicación del artículo 167 del Código Penal. Concurrencia de todos los elementos del tipo penal. Proposición de indulto parcial basado en que los hechos tuvieron lugar en el País Vasco y en conocimiento de los hechos por parte de sus superiores jerárquicos antes de su realización

Se denuncia infracción de ley por aplicación indebida del artículo 167 CP que dice así: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.»

Los elementos necesarios para la aplicación de esta norma penal son los siguientes:

1.º Se trata de un delito especial, por lo que sujeto activo ha de ser alguna persona que reúna cualquiera de las dos características siguientes: autoridad o funcionario público, conforme a las definiciones que al respecto nos ofrece el artículo 24 en sus respectivos apartados 1 y 2.

2.º El medio comisivo viene constituido por cualquiera de los expresados en los artículos anteriores que son los comprendidos entre el artículo 163 y 166. Concretamente en este caso el del artículo 163.4 CP: aprehender a una persona «para presentarla inmediatamente a la autoridad».

3.º Un elemento de carácter normativo, consistente en que no medie causa por delito, ya que, en caso contrario, podría aplicarse otra norma más específica (art. 8.1º CP), el artículo 530 del mismo código.

4.º Otro también de carácter normativo: que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la Ley. Se trata de una previsión concreta, para esta clase de delito, de la causa de justificación del núm. 7º del artículo 20 que declara exento de responsabilidad criminal al «que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho».

5.º Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir también otro requisito de carácter subjetivo, el dolo, que requiere que el sujeto activo de la infracción obre con conocimiento de que concurren los correspondientes elementos objetivos de la infracción penal, en este caso los cuatro que acabamos de relacionar (dolo directo), siendo también posible el llamado dolo eventual.

Entendemos que concurrieron aquí tales cinco elementos:

A) Fueron sujetos activos dos miembros del Cuerpo Nacional de Policía, es decir dos funcionarios públicos que actuaron como tales en los hechos que vienen siendo enjuiciados, en la detención de los dos «recoge-vasos».

B) Fueron los autores de la conducta definida como delictiva en el artículo 163.4: aprehendieron a dos personas para presentarlas inmediatamente a la autoridad. Llevaron a comisaría a tales dos empleados que unas horas antes les habían expulsado del pub Otxoa de Bilbao.

C) No mediaba causa por delito contra ninguno de esos dos detenidos: no cabe aplicar aquí la figura más específica del artículo 530 CP.

D) La ley procesal, norma que regula cuándo la autoridad o un agente de la policía judicial puede y debe proceder a la detención de una persona, no amparaba tal detención. Veámoslo.

Esta materia aparece regulada en los artículos 489 ss. LECrim, concretamente en su artículo 492, que consta de los cuatro números siguientes:

1.º El núm. 1.º de este artículo 492 obliga a detener en los casos del artículo 490, que son aquellos en los que cualquier persona puede practicar una detención. Lo que es facultativo para el particular es obligatorio para el funcionario de policía. De todos los supuestos recogidos en ese artículo 490, el único que puede tener relación con los hechos aquí examinados es el de su núm. 2º que se refiere a la detención del delincuente *in fraganti*, es decir, aquel delincuente que esté cometiendo un delito o lo acaba de cometer, cuya realización ha podido percibir el funcionario por sus propios sentidos.

No es éste el caso, pues la posible infracción penal, que fue calificada como falta por las autoridades judiciales de Bilbao y luego considerada prescrita por la Audiencia Provincial, se había cometido unas dos o tres horas antes, cuando los policías fueron expulsados del citado pub Otxoa. Transcurrido ese período de tiempo, la flagrancia, que había existido en ese episodio primero, había desaparecido. No existía razón de urgencia alguna que pudiera justificar esa actuación de la policía en el segundo episodio.

2.º El núm. 2.º del artículo 492 obliga al policía a detener «al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional». Esta prisión correccional equivalía a la pena de prisión menor del CP anterior, que tenía una duración de seis meses y un día a seis años. Tal prisión menor se corresponde con la de prisión de uno a tres años del CP vigente conforme a la disposición transitoria 11ª.1.d) de la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, por la que se promulgó el actual CP.

Tal norma del núm. 2.º del artículo 492 permite y obliga al funcionario de policía para detener a una persona cuando concurren dos requisitos:

- a) Que hubiera procesamiento;
- b) Que lo fuera por un delito para el que la ley prevea una pena superior a los tres años de prisión.

Ninguno de estos dos requisitos concurrían en el caso presente, ya que, por un lado, no se había acordado nada por una autoridad judicial contra ninguno de los dos

luego detenidos y, por otro lado, el posible delito de atentado, —que desde luego no existió, como después veremos—, que dijo el policía don Francisco Javier L. a su superior que se había cometido con la mencionada expulsión del pub Otxoa, aparece penado en el artículo 551.1, último inciso, con prisión de uno a tres años.

3.º Puede un policía detener, conforme al núm. 3º del artículo 492, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

a) Que hubiera habido procesamiento por delito al que esté señalada pena inferior a la de prisión correccional, esto es, a la de prisión de tres años según lo que acabamos de decir,

b) Que «sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial».

Aquí faltaron estos dos requisitos, pues ni había procesamiento alguno ni medida equivalente que pudiera haber sido acordada por algún órgano judicial contra alguno de los dos detenidos; y además tampoco concurría el requisito b), ya que nos encontramos con dos personas que trabajaban en un establecimiento público conocido, de modo que no había razón alguna para entender que pudieran haber tenido voluntad de no acudir a un juzgado caso de que hubieran sido citados para ello con motivo de los hechos aquí examinados.

4.º El núm. 4º de este artículo 492 se refiere al caso del número anterior cuando todavía no hubiera procesamiento. Ya hemos dicho cómo faltó en el supuesto presente el que acabamos de designar como requisito b).

Así pues, los policías debieron tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 493 de esta Ley procesal que, para cuando no sea procedente la detención por no estar la persona, posible delincuente, comprendida en ninguno de los cuatro casos que acabamos de examinar, ordena que el policía tome nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la identificación del referido posible delincuente.

En conclusión, los acusados no estaban autorizados para detener a ninguno de los dos empleados del pub Otxoa. Concorre también aquí este elemento cuarto del tipo de delito del artículo 167 CP según la relación antes efectuada (apartado 2 de este mismo fundamento de Derecho).

5.º Asimismo entendemos que también hubo dolo en los dos condenados ahora recurrentes. Conocieron, cuando procedieron a la detención de los «recoge-vasos», José Miguel C. y Borja L., que concurrían esos cuatro elementos objetivos del delito: que ellos eran funcionarios públicos, que habían practicado la detención de dos personas para presentarlas a la autoridad, que no había proceso por delito contra ninguno de los dos y, por último, que la ley procesal no les permitía practicar esas detenciones.

Estimamos que tal conocimiento de la ilicitud de su conducta existió en los dos ahora recurrentes por lo siguiente:

a) Se trata de dos profesionales del Cuerpo Superior de Policía y todos conocemos que forman parte de los estudios para acceder a tal cuerpo las normas reguladoras del proceso penal; en particular aquellas que están directamente ligadas al ejercicio diario de sus funciones, como lo son sin duda las relativas a los casos en que pueden y están obligados a detener a las personas por razón de haber participado en la comisión de algún hecho delictivo. Se trata de algo fundamental y elemental en el ejercicio de su trabajo.

b) Ha quedado claro en el desarrollo de las presentes actuaciones, particularmente por las declaraciones en el juicio oral por parte de los superiores jerárquicos de los acusados, que estos últimos ni practicaron detención alguna ni tenían que

aprobar o aconsejar a la patrulla que iba a efectuarlas: era una cuestión de responsabilidad de tal patrulla.

c) Importancia por supuesto tiene en el caso presente el hecho de que algunos de esos superiores intervinieran en los hechos delictivos aquí examinamos mediante la prestación de esa patrulla uniformada que auxilió en la detención de C. y L. Pero no hasta el extremo de excluir o atenuar la responsabilidad criminal de ninguno de los dos acusados. A lo sumo podrían haber existido más acusados por estos hechos, los mencionados superiores a título de cooperadores necesarios del artículo 28, apartado b), CP. Desde luego, sin esa ayuda de la mencionada patrulla uniformada no podrían haberse practicado las detenciones por parte de los acusados, como no lo pudieron hacer en esa primera fase de los hechos aquí examinados.

d) Alega la defensa de don Juan Manuel V. N. que llevaba muy poco tiempo en el Cuerpo Nacional de Policía cuando estos hechos se produjeron, sólo cuatro meses, así como que el responsable de la patrulla era el otro acusado como más antiguo en el escalafón. Cierto es esto, así como que dicho don Juan Manuel, en esa primera fase de los hechos, incluso colaboró con los «recoge-vasos» para lograr la salida del local del Sr. L. y del jefe de ambos, Sr. Fuentes, quienes opusieron resistencia a tal acto de expulsión. Esto habría de implicar una menor pena a la hora de la concreción de la correspondiente a cada uno de los dos policías. Pero tal no es posible, ya que los dos fueron condenados prácticamente al mínimo legalmente permitido conforme a lo dispuesto en los citados artículos 167 y 163.4 CP, cinco meses de multa e inhabilitación absoluta por ocho años.

e) Antes de finalizar conviene dejar claro aquí que los dos acusados, aunque estuvieran de servicio, no se encontraban, como bien dice la sentencia recurrida, en el ejercicio de las funciones propias del cargo de policía, sino como ciudadanos particulares, cuando en el tan mencionado primer episodio de los hechos, recibieron la negativa a ser servidos y la orden de salida del establecimiento. Por tanto, no cabe hablar de que allí pudiera haber existido un delito de atentado, por más que L. hubiera exhibido su placa de policía, tesis mediante la cual pretenden justificar ambos recurrentes que en todo momento creyeron haber actuado legítimamente.

En conclusión, es evidente que no existió la infracción de ley aquí alegada, ya que se aplicó correctamente al caso el artículo 167 CP en relación con el 163.4.

(Sentencia de 3 de noviembre de 2006).

ARTÍCULO 173.2

Violencia doméstica. Bien jurídico protegido. Requisito de habitualidad. Evolución legislativa del delito. Clara situación de humillación y dominación del acusado hacia su mujer. Estado de agresión física y psíquica permanente

Como decíamos en las STS de 28 de febrero de 2005, la situación muy grave, intolerable, en que se encuentran las personas más débiles del hogar frente a quienes ejercen habitualmente violencia física –también la psíquica debe contar– fue puesta de relieve por todos los sectores sociales, motivando que la Ley Orgánica 3/1989 con propósito merecedor de todas las alabanzas creara un tipo penal en el capítulo de las lesiones, artículo 425, para castigar «al que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, «recogiendo en la Exposición de Motivos de esta Ley que se

justifica la reforma» al responder a la deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticas más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente consideradas más que una sucesión de faltas se produce de un modo habitual».

El nuevo Código Penal de 1995, en su artículo 153, con el mismo buen propósito ya referido de la reforma de 1989 mantiene la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad «el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Este artículo fue modificado por las Leyes Orgánicas 11 y 14/1999, de 30 de abril y de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas –Exposición de Motivos–, ha introducido diversas reformas tanto en el CP como en la LECrim. con posterioridad a la fecha de los hechos por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, integrándolo en el artículo 173.2 y 3.

Por lo que se refiere al tipo del artículo 153 éstas son:

a) El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente –que puede ser tanto hombre como mujer– y amplía el mismo: así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellas supuestas en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansa sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física y ahora se extiende también a la violencia psíquica.

c) Se da una definición legal de habitualidad que se vértebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, la habitualidad, término de clara raíz criminología viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este breve resumen legislativo puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un *aliud* y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP.

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del título III del CP, relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales

de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, artículo 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes –artículo 15– y en el derecho a la seguridad –artículo 17– quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del artículo 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de estas y de las propias víctimas.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

La STS de 24 de junio de 2000 realiza un detenido estudio de las características y funciones del artículo 153 CP que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras SSTS como las de 19 de mayo y 26 de junio de 2000 y la de 5 de marzo de 2001.

La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, artículo 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

Lo relevante será constatar si en el *factum* se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vétebra el tipo penal.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serian constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente fami-

liar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 CP establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia en falta de malos tratos –lo que podría constituir un problema de *non bis in idem*– parece más acertado optar por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico– formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del recurrente hacia su esposa, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del artículo 153 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.

En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida destaca la clara situación de humillación que la corta convivencia familiar causó a la denunciante en los escasos dos meses que ésta duró, haciendo hincapié como con los insultos y gritos reiterados se conformó una situación tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación a causa de los actos vejatorios continuados del acusado hacia su mujer y, apreciando la habitualidad más que la pluralidad en sí misma de los actos violentos, en la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo relevante la intensidad en dicho trato en comparación con el corto tiempo convivido (dos meses) pudiendo conducirse en que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Conclusiones que deben ser asumidas por cuanto la conducta descrita en los hechos probados del recurrente hacia su esposa, integra un comportamiento de violencia psíquica habitual gravemente atentatorio contra la pacífica convivencia familiar, que debe ser sancionado con arreglo a este precepto, en cuanto se manifiesta como exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente ejercida por el acusado sobre su pareja y permite su consideración como «habitual».

(Sentencia de 13 de abril de 2006).

ARTÍCULO 182

Estupro de prevalimiento. Sobre las hijas de su pareja sentimental, llegando a mantener relaciones sexuales completas en dos ocasiones. Análisis del tipo y diferencias con la violación

El denominado estupro con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y la inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, lo que determina por sí 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 superioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

Por ello, la expresión del artículo 434 CP 1973 «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» implica que el sujeto activo debe ser una persona que se encuentra en una especial situación con respecto a la víctima o tenga con ella una determinada relación que le proporcione una posición de superioridad tal que le permite influir sobre su voluntad de manera que el consentimiento, que al fin se presta, para el acceso carnal, no sea plenamente libre. Al referirse la Ley a «relación» o «situación» de superioridad, tanto pueden comprenderse las personas que ostentan preeminencia o ascendiente por autoridad, funciones docentes o educativas, cualidad patronal o de jefatura funcional o laboral, atendimiento terapéutico o religioso, guarda o custodia, prestación económica, etc., como a aquellas otras que, bien por hechos casuales o deliberadamente provocados por quien busca su aprovechamiento, se encuentran en una posición de supremacía, de manera que lo esencial es que el inculpaado tenga tal ascendiente sobre la víctima que ésta no se encuentre en condiciones de decidir con plena libertad por su situación de inferioridad, la cual unida a su minoría de edad, justifica la tutela penal (Sentencias de 19 de julio de 1984 y 28 de mayo de 1986).

En cuanto al comportamiento consiste en tener acceso carnal, expresión que en una interpretación lógico-sistemática hay que relacionar con el contenido que a la misma da el legislador en el artículo 429 CP de 1973, por lo que incluirá las tres vías, bucal, anal y vaginal.

Por último, en cuanto al medio comisivo se exige el aprovechamiento de la referida situación o relación, es decir que no basta con que ésta exista objetivamente sino que es preciso que el acusado la explote con el fin de conseguir gracias a ella la aquiescencia del perjudicado, aprovechamiento que ha de ser suficientemente probado (SSTS de 26 de abril de 1985, 28 de mayo de 1986, 3 de mayo de 1988, 26 de abril, 1 de junio, 14 de junio y 2 de noviembre de 1989, así como 25 de abril de 1990).

El estupro de prevalimiento del artículo 434 del viejo Código ya derogado se corresponde con el artículo 182 del Código de 1995, de la misma manera que las agresiones sexuales del antiguo artículo 429 pueden identificarse con las que con tal denominación se contienen en el artículo 179 de 1995. Si el ataque a la libertad sexual, sin acceso carnal en su más amplio concepto, tuviere lugar sin violencia ni intimidación, se originan las agresiones sexuales estuproas del primitivo artículo 436 que hoy se corresponden con los abusos sexuales del artículo 181 vigente. El estupro de este artículo 434, según la redacción establecida para el Código por la Ley de 7 de octubre de 1978, supone como es sabido una especie de «cuasiviolación» en tanto que el acceso carnal se propicia no contra la voluntad de la víctima, o sin su voluntad, sino antes al contrario con su voluntad, aunque ésta se encuentre deteriorada, discriminada y mediatizada por la superioridad y dominio que sobre ella ejerce el sujeto activo de la infracción.

Quiere decirse que mientras en la violación se produce un ataque frontal a la libertad sexual, en el estupro se consolida una acción que disminuye tal libertad. En el estupro de prevalimiento el autor se aprovecha primero de una tierna edad, de 12 a 18 años, cuando la persona no sabe por lo general decidir sobre su conducta, sobre sus deseos o sobre sus apetencias, y sobre todo no sabe afrontar mentalmente situaciones adversas inesperadas (Sentencia de 10 de marzo de 1992). En segundo lugar, se aprovecha de la situación de poder, de mando de ascendencia y de influencia, en cualquier caso tan poderosa como para casi anular o disminuir el pensamiento y las facultades volitivas de la víctima que en contra de su íntimo parecer se ve impotente para oponerse a los deseos lúbricos del estuprador.

En conclusión, el delito requiere en su entorno no sólo la edad específica de la víctima sino también esa superioridad antes apuntada que proviene de situaciones o de relaciones personales, familiares, sociales o profesionales que provocan una especial ventaja de uno sobre otro (STS de 26 de diciembre de 1996). Pues bien, aquí en el relato fáctico se señala que el procesado Tomás mantenía una relación estable de pareja con Francisca, conviviendo con ella y con las hijas de ésta, Remedios, nacida el 5 de abril de 1981 y Marcelina, nacida el 29 de octubre de 1988. Asimismo que en 1989, esto es cuando Remedios tenía 8 años aprovechando las ausencias del domicilio de Francisca, comenzó a tocar los pechos y genitales a aquélla, al menos una vez por semana, y en dos ocasiones las relaciones sexuales fueron completas, la primera contando 15 años (fecha no determinada de la primera de 1996), y la segunda con 16 años, destacándose que «en ambos casos la menor no se resistió a la penetración vaginal por el temor que le infundía Tomás, de carácter agresivo, que se prevaleció de su superioridad y posición familiar...». Finalmente en relación a Marcelina en 1990, cuando tenía 13 años, el procesado comenzó a mantener relaciones sexuales con ésta, consistentes en tocamientos en los genitales y penetraciones vaginales, en numerosas ocasiones «cediendo Marcelina a los abusos por miedo a la actitud violenta de Tomás y a su condición de compañero sentimental de su madre, que aquél aprovechó para satisfacer su deseo sexual...».

Del mismo modo en el fundamento jurídico segundo de la sentencia se señala, con carácter fáctico, que se «considera patente la concurrencia de prevalimiento que se fundamenta en la relación familiar entre el procesado y las dos víctimas, frente a las que desempeña el rol de padre, siendo también de resaltar su carácter, en ocasiones violento, que influyó como causa prevalecer la voluntad de las menores».

A tales hechos cabría añadir la diferencia de edad pues el procesado nació el 19 de abril de 1945.

Todas estas circunstancias –diferencia de edad entre acusado y las dos víctimas, el hecho de ser aquél compañero sentimental de la madre de éstas y la convivencia

de todos bajo el mismo techo, unido al temor que las ocasionaba el carácter violento de aquél-, integran el tipo de estupro con prevalimiento: acceso carnal conseguido sin violencia ni intimidación, pero viciado el consentimiento de los sujetos pasivos mediante el abuso de la situación de superioridad en que se encontraba con respecto a aquellas el sujeto activo.

Siendo así –y así es efectivamente– carece de fundamento la pretensión de que han subsumido indebidamente los hechos en el tipo de estupro previsto en el artículo 434 CP derogado.

El motivo, por lo tanto se desestima.

(Sentencia de 28 de junio de 2006).

ARTÍCULO 189.1.A)

Corrupción de menores. Utilización para elaborar material pornográfico. Concepto de pornografía. Fotografías y vídeos del menor desnudo que carecen de contenido obsceno o impúdico. Atipicidad de la conducta

Aduce el recurrente que la imagen de un desnudo sin más «no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse», no constando que las mismas representen actitudes obscenas o que el propósito del recurrente no fuese otro que su propia auto-complacencia.

La penuria del hecho probado en relación con este delito es evidente por cuanto el relato se circunscribe a constatar que durante el período de tiempo que el acusado lo tuvo en su compañía «lo fotografiaba estando desnudo e incluso grabaciones en vídeo para satisfacer sus instintos libidinosos...» (*sic*), sin que en el fundamento séptimo se aporte dato relevante excepto la falta de constancia de que las fotografías o grabaciones hayan sido difundidas, lo que excluye la aplicación del apartado 1º, letra b), del precepto mencionado. En efecto, el artículo 189.1.a) (en versión dada por Ley Orgánica 11/1999) castiga la utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas pornográficos, habiendo aplicado la Audiencia esta segunda modalidad. Ahora bien, tiene razón el recurrente cuando argumenta que la imagen de un desnudo «no puede ser considerada objetivamente material pornográfico», porque, efectivamente, aunque la pornografía es un concepto que no está definido en el Código Penal, lo cierto es que comporta, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, un añadido a las imágenes de obscenidad o situaciones impúdicas, lo que no puede predicarse sin más de un desnudo, luego en la medida que en el hecho probado no se especifica dicho contenido de obscenidad o impudicia resulta insuficiente para subsumir los hechos en el delito por el que han sido calificados. Es cierto que el Fiscal, que acoge la doctrina anterior, entiende que en este caso además de las fotografías se realizaron «grabaciones en vídeo», considerando que ello constituye «un plus en la acción que el acusado llevó a cabo». Sin embargo, la grabación desprovista de contenido obsceno debe llevarnos a la misma conclusión, puesto que el hecho de que la imagen sea en movimiento no implica por sí solo la existencia del elemento pornográfico.

Por todo ello el motivo se estima.

(Sentencia de 8 de marzo de 2006)

ARTÍCULO 189.1.B)

Distribución, exhibición o difusión de material pornográfico de menores. Intercambio de pornografía infantil a través de Internet. Concepto. Material que desborda los límites de lo ético, lo erótico y lo estético con fines de provocación sexual

En efecto, es cierto que la distinción de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, carencia de tipo moral, pautas de comportamiento.

El Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como «cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual».

Nuestra jurisprudencia, en STS de 20 de octubre de 2003, consideró que la imagen de un desnudo –sea menor o adulto, varón o mujer– no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS de 10 de octubre de 2000, precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico.

La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil.

Desde esta perspectiva, la calificación de pornográfico del material intervenido al acusado y que transfería a través de Internet, no puede ser cuestionada.

(Sentencia de 2 de noviembre de 2006).

ARTÍCULO 229

Abandono de menores. Abandono de vehículo sustraído con un menor dentro. Elementos del tipo. Sujeto activo: interpretación de la expresión «persona encargada de su guarda». Modalidades del abandono. Naturaleza dolosa del delito

La acusación pública formaliza una impugnación en la que denuncia el error de derecho por la inaplicación, al hecho probado, del artículo 229 del Código Penal, el abandono de menor. La vía impugnatoria elegida parte del respeto al hecho probado discutiendo la inaplicación al hecho del tipo penal denunciado como inaplicado. El hecho probado en el particular que interesa a la impugnación, declara que el acusado

sustrajo un vehículo a motor, hecho admitido por el propio acusado, en cuyo interior se encontraba la menor Lourdes, de quien se afirma en el fundamento, tenía tres años de edad, la cual estaba tumbada en el asiento trasero del vehículo. Se despierta, y el acusado la mantiene sentada en el vehículo dando vueltas por el partido judicial de Narón, hasta que lo abandona a las seis de la mañana, hechos que son subsumidos en el delito de detención ilegal. Seguidamente, se relata que el abandono del coche, con la menor en su interior se realizó «en la parte final de un camino de tierra que desemboca en el mar, en las inmediaciones del Monasterio de Couto. Dicho lugar era una zona sin iluminación, cerca del mar y a distancia de cualquier edificio, y la menor no fue encontrada, junto al automóvil, hasta las 11,45 horas de ese mismo día». En la fundamentación de la sentencia se arguye en contra de la subsunción en el delito de abandono de menor «al no poder considerar a la persona del secuestrador como persona encargada de la guarda». Este apartado de la fundamentación es el que es objeto de la disensión del Ministerio público que entiende que el acusado, secuestrador de la menor, adquiere la posición de garante sobre la niña, como consecuencia de su actuar precedente. Seguidamente se plantea la posibilidad de que pueda entenderse que el delito de detención ilegal absorba el de abandono de menor que rechaza al no estar comprendido en la antijuridicidad del delito contra la libertad.

Siguiendo la STS de 12 de septiembre de 2003, Sentencia que es citada tanto en la sentencia impugnada como en la impugnación del Ministerio fiscal, veamos cuáles son los elementos de este delito en su modalidad básica definida en sus respectivos párrafos primeros:

1.º Sujeto pasivo ha de ser necesariamente un niño menor de siete años. El CP actual lo amplía a cualquier menor de edad o incapaz. 2.º El sujeto activo aparece definido en los términos «la persona encargada de su guarda». Lo mismo en el CP vigente. 3.º La conducta delictiva se concreta, en ambos códigos, a través de una sola expresión: «el abandono». Ha de existir una conducta activa u omisiva de dicho sujeto activo en virtud de la cual este abandono le pudiera ser imputado. 4.º El delito ha de ser doloso. Por tanto, es elemento del tipo el dolo, o conocimiento por parte del sujeto activo de que en su comportamiento concurren esos tres elementos objetivos que acabamos de exponer: conocimiento de la edad del menor, conocimiento de que él mismo está encargado de su guarda y conocimiento de que con una conducta suya, activa u omisiva, está ocasionando esa situación de abandono del menor.

Con relación al tipo penal de abandono de menores del artículo 229 hemos declarado, por todas STS de 4 de octubre de 2001, que el tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogidas en el Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código Civil, en su artículo 172, refiere la situación de desamparo a la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por

las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La situación de abandono no es objeto de discusión en la sentencia que refiere este hecho de forma clara al exponer que desde las seis de la mañana, hasta las 11:45, la menor de tres años estuvo abandonada en una carretera de tierra, a borde del mar y en un paraje sin edificaciones cercanas. Es decir, desprotegida y en situación objetiva de riesgo.

El punto de discusión, es la concurrencia del elemento típico que describe al sujeto activo «persona encargada de su guarda», que la sentencia impugnada niega que concurra en el secuestrador, y que la acusación pública afirma. Al respecto, recordamos el anterior antecedente jurisprudencial contenido en la STS de 12 de septiembre de 2003, «Estimamos que esta expresión legal «persona encargada de su guarda» es más amplia que el concepto «guardador de hecho» utilizado en la sentencia recurrida en su argumentación para absolver al acusado. Basta examinar el párrafo 2º del artículo 488, hoy 229, para percatarnos de ello, como bien dice el escrito de recurso de la acusación particular. Si este párrafo 2º está definiendo una figura de este delito agravada por una condición particular del sujeto activo, quiere decirse que hay otros posibles sujetos activos –los de la figura básica del párrafo 1º– además de éstos cuyo comportamiento punible está más castigado. Si en este párrafo 2º se agrava el delito para «los padres, tutor o guardador de hecho», es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica.

De aquí deducimos nosotros que el concepto «encargado de su guarda» ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los artículos 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz –art. 229–), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección».

Junto a este argumento de lógica y gramatical, que permite encuadrar la figura de la persona encargada de su guarda como concepto más amplio que el de padres, tutores o guardadores de hecho, hemos de relacionar otro relacionado con la estructura típica del delito de abandono de menores. Como hemos señalado este delito admite una comisión activa y omisiva, pues la situación de riesgo, resultado del abandono, puede ser cometido de forma activa y de forma omisiva, mediante el incumplimiento de los deberes jurídicamente señalados en la protección de menores que obligan a los guardadores del menor y también aquellas personas que por su actuar precedente y por la puesta en peligro del bien jurídico garantizan la observancia de los específicos deberes de guarda y custodia. El acusado, con su actuar precedente, la sustracción del vehículo en el que se encontraba la menor, la colocó en una situación de riesgo que le obligaba a garantizar la indemnidad de su seguridad física. No lo hizo el acusado, quien abandonó a la menor en un descampado, desprotegida frente a los riesgos inherente a la situación de desvalimiento en que la colocó. Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, de haberse producido un resultado lesivo, en la integridad física o en la vida de la menor, no se dudaría de la autoría, por comisión omisiva, de quien estaba en posición de garante, esto es el acusado respecto a las situaciones de riesgo en que pudiera encontrarse la menor, precisamente por la conducta del acusado.

Consecuentemente, procede estimarse la impugnación del Ministerio fiscal y añadir al fallo de la sentencia la condena por delito del artículo 229 del Código Penal por el que se impone la pena de un año de prisión.

(Sentencia de 25 de octubre de 2006).

ARTÍCULO 250.1.3ª

Estafa agravada mediante uso de cheque. Utilización en sentido inverso. Cheque que no es un medio para el engaño sino la consumación del engaño, a través de su entrega viciada una vez sorprendida la buena fe del vendedor

Estima el recurrente que le ha sido indebidamente aplicado el artículo 250.1 del Código Penal en cuanto considera que no existen bases fácticas para aplicar la agravante específica de haber utilizado cheque o pagaré para configurar o construir el engaño de forma más fácil.

La cuestión es interesante y debe ser examinada a la luz de los hechos probados. De su texto se deduce un inicial propósito de hacer más fácil la aparente transacción utilizando como señal de la compra que pensaba realizar un cheque por el importe de un 15 por 100, aproximadamente, de los bienes que pensaba adquirir.

A primera vista este hecho aislado de su contexto podía ser inocuo desde el punto de vista delictivo sino se continúa con el examen de su habilidosa actuación posterior que cierra de forma definitiva el engaño.

Se construye una apariencia evidente de adquisición de unos bienes que por las acciones concluyentes posteriores no había intención de consumir definitivamente.

Una vez que hace creer al vendedor que se encuentra ante un comprador con propósito de consumir la operación acude a una hábil estratagema, cuya imaginación merece ser reconocida.

Se presenta con posterioridad a la entrega del cheque, a sabiendas de que no había fondos para pagarlo y haciendo ver la seriedad de sus propósitos le avisa que no podrá cobrarlo, quiere anular la operación, si bien oculta que no podrá ser pagado por carecer de fondos. Dado que el vendedor ya lo había entregado al banco y creía que llegaría a ser abonado en su cuenta, de forma seria y responsable confía en la afirmación de que quería rescindir la operación, creyéndose que se encontraba ante una persona que le exponía con franqueza la situación. Estima que el cheque podía haber sido abonado, por lo que el acusado le persuade para que le devuelva la cantidad en forma de pagaré por el mismo importe del cheque, consiguiendo de esta manera un aprovechamiento de la cantidad ya que lo cobra y se queda con su importe.

Es evidente que el pagaré no se utiliza como palanca o instrumento para burlar las lógicas prevenciones de un vendedor, sino en sentido inverso. Es decir, que el pagaré no es un medio para el engaño sino la consumación, a través de su entrega viciada una vez sorprendida la buena fe del vendedor.

Ahora bien, ello no descarta el efecto que en toda la trama tiene el cheque entregado por el acusado como sustento y base inicial de una trama que necesitaba un metódico e impecable desarrollo. Para ello, era imprescindible la utilización inicial del cheque ya que sin su entrega no podía construirse todo el enredo. Estimamos que este dato permite, sin dudas, apreciar la agravante específica, en su

modalidad de cheque y no de pagaré, sin que pueda sustentarse que con ellos se vulnera el principio acusatorio.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 de julio de 2006).

ARTÍCULO 252

Apropiación indebida. Elementos del tipo. Criterio de disponibilidad para determinar la consumación del delito. Doctrina general. Ingreso en el banco del «cuponazo» por uno de sus dos adquirentes. Pertenencia pro indiviso y ánimo de lucro. Cobro efectivo del premio que, aunque se hubiera producido, pertenece a la fase de agotamiento del delito

Es doctrina conocida de esta Sala que en delitos apropiativos o de apoderamiento patrimonial la infracción criminal se perfecciona cuando el sujeto activo ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa o cosas apropiadas, aunque de facto no lo haya hecho. La obtención del lucro pretendido formaría parte del agotamiento del delito.

Todavía habría que distinguir entre los delitos de hurto y robo de los de apropiación indebida, para poner de manifiesto que la consumación en los primeros ha de ser posterior a un acto de desapoderamiento previo de la cosa mueble del poseedor legítimo de cuyo círculo de disponibilidad se extrae para quedar a merced de las facultades dispositivas del sujeto agente.

En la apropiación indebida esta primera fase no existe porque el sujeto activo tiene a su disposición la cosa por un título legítimo que le faculta para poseer (en este caso era coposeedor, dimanante de una cotitularidad dominical), más concretamente disfrutaba de una custodia compartida con su primo, lo cual hace innecesario realizar actos de desposesión frente a un tercero tenedor de la cosa.

En el delito de apropiación indebida, la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene la posibilidad de hacerlo) lo que tenía obligación (en un 50 por 100 en la hipótesis concernida) de poner a disposición del partícipe.

Sentado tal criterio es del caso analizar cuáles fueron los comportamientos puntuales del agente en relación al objeto material del delito integrado por un cupón de la ONCE que jugaba indiviso con el querellante y que resultó agraciado con 6.000.000 de euros.

El propio acusado, recurrido en esta instancia procesal, al replicar al motivo realiza unas afirmaciones plenamente veraces que evitan mayores comentarios.

El cupón fue adquirido por el recurrente el 21 de mayo de 2004, viernes, para el sorteo de ese mismo día. Fueron en total dos cupones, los cuales permanecieron en las estanterías del bar en el que usualmente los guardaban y donde ambos trabajaban.

El lunes depositó el acusado uno de los cupones, que tomó del lugar donde se encontraban, en el Banco Santander Central Hispano, precisamente el agraciado con el denominado «cuponazo» (6.000.000 de euros).

El miércoles 26 de mayo el denunciado recibe una carta del letrado del recurrente en la que se le acusa de querer apropiarse de la mitad del premio.

El sábado 29 de mayo el Juez de Instrucción núm. 2 de Almansa decreta la retención del importe del premio obtenido en el sorteo respecto del cupón premiado con 6.000.000 de euros.

Por fin el día 7 de julio de 2004 el cupón fue depositado, junto con el también premiado que quedó en la estantería a disposición del recurrente, en una Caja de Ahorros de la Delegación Territorial competente, que en este caso era la ciudad de Alicante.

Sobre tal situación el propio acusado al impugnar el motivo nos dice textualmente: «Estos datos nos indican que el denunciado (él mismo) tuvo toda la semana para cobrar el cupón y así consumir el delito, pero no sólo no lo hizo sino que se limitó a depositarlo en una entidad bancaria».

Se insiste en que sólo «lo depositó en la caja fuerte del Banco, pero no lo cobró, cuando podía perfectamente haberlo hecho, sobre todo teniendo en cuenta que el Banco de Santander es entidad colaboradora de la ONCE y que el cobro allí es automático». El recurrido concluye que la consumación equivaldría al cobro, lo que conforme a la doctrina de esta Sala no es cierto.

Por su parte la sentencia al tratar escuetamente la cuestión nos dice en el fundamento jurídico primero que atribuye al acusado la realización de «los elementos que conforman la figura penal de la apropiación indebida salvo el agotamiento del inicial propósito de disponer materialmente del numerario que reportaba el cupón, pues el cobro del premio no se ha producido...».

En el fundamento tercero insiste que ello fue debido a «... la rápida intervención del Juzgado Instructor que inmovilizó los premios de ambos cupones mediante oficio dirigido a la Delegación Nacional de la ONCE en Madrid, para terminar depositados, como consta notarialmente, en la Delegación Provincial de Alicante...».

De lo hasta el momento expuesto se advierte un error subsuntivo del tribunal provincial, que confunde la consumación del delito con la efectiva y material disposición y disfrute de la cosa. De acuerdo con la doctrina de esta Sala el acusado tuvo en sus manos cobrar el premio, por cuanto era poseedor legítimo de un título al portador y la entidad bancaria en la que se depositó podía reintegrar su importe en cualquier momento, y tal situación se mantuvo durante casi una semana. Con posterioridad, aunque hubiera querido, le habría sido imposible disponer en razón al embargo aseguratorio practicado por el Juzgado de Instrucción que conocía de la causa.

Tampoco nos pasa desapercibido que, incluso antes de poder ser abonado el importe del premio por el Banco, el acusado pudo disponer del cupón enajenándolo a terceros, circunstancia plenamente factible, que encuentra terreno abonado entre los poseedores de grandes fortunas que necesitan «blanquear» dinero.

Aunque el acusado pretenda eludir la consumación delictiva y el propio delito acudiendo al desistimiento del artículo 16.2 CP, es lo cierto que la voluntad de enriquecimiento propio en perjuicio de su primo ha quedado patente, como rezan los hechos probados ahora inalterables, y se mantiene y defiende en esta instancia procesal al sostener que el cupón le pertenece en exclusiva.

Si la Audiencia afirma que se realizaron todos los actos propios del delito, salvo el agotamiento del mismo, debió concluir, siendo consecuente con su propia afirmación, que el estado anterior al agotamiento es el de consumación.

El motivo debe estimarse, procediendo en la segunda sentencia a una nueva individualización de la pena.

(Sentencia de 3 de julio de 2006).

ARTÍCULO 318 BIS

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Tráfico ilegal de inmigrantes. Ciudadanas rusas reclutadas en su país con la promesa de obtener un trabajo como camareras. Entrada ilegal en España donde les era retirado el pasaporte. Sometimiento a condiciones de explotación laboral. Coacción a la prostitución. Amenazas y golpes para inducir a las víctimas al ejercicio de la prostitución. Concurso real de delitos. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 mayo de 2006. Doctrina de la Sala

Se denuncia primeramente que la Sala sentenciadora de instancia no ha entendido que entre el delito definido en el artículo 318 bis (tráfico ilegal de ciudadanos extranjeros) y el acuñado en el artículo 188.1 del Código Penal (determinación coactiva al ejercicio de la prostitución) existe una relación concursal de contenido ideal, en su variedad de comportamientos penales pluriofensivos (una misma acción constituye dos o más delitos).

Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, el aluvión de reformas legales sobre estas materias obliga a precisar que los hechos se han cometido, al menos en parte, bajo la vigencia de la última redacción de los artículos 188 y 318 bis (Ley Orgánica 11/2003, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2003). Los hechos, pues, acaecen vigente ya esta norma, por lo que no se puede plantear ninguna retroactividad, sea del signo que fuere.

Desde este punto de vista, no es posible considerar que los delitos relativos a la prostitución y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, están en relación de consunción, pues el bien jurídico es claramente diferente, ya que en los segundos están constituidos por el interés estatal en los flujos migratorios y la tutela de la política en esta materia; mientras que en el delito de explotación sexual, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de las víctimas y la dignidad de las personas en tal ejercicio coactivo. Es evidente que la agravación del artículo 318 bis.2 no abarca todo el desvalor de la conducta, pues no exige que se produzca una situación concreta y efectiva de prostitución dominada por el sujeto activo del delito, como así ocurre en el artículo 188.1 del Código Penal; basta la finalidad de una potencial explotación sexual para que estemos ante el subtipo agravado del artículo 318 bis.2 (de modo que la migración ilegal considerada como tráfico ilícito o con tintes de clandestinidad, cuando su finalidad es la de ocasionar potencialmente una situación de explotación sexual por parte de otro, integra el delito referido), pero si, además, se llega a una situación de prostitución explotada por el sujeto activo del delito, bajo los parámetros que determina el artículo 188.1 (empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), será necesario duplicar el reproche penal por esta última vía, bajo la óptica jurídica de un concurso real, como ha hecho correctamente el Tribunal de instancia. Se han apuntado otras diferencias, como la finalidad que persigue el delito del artículo 318 bis.2, que lo es la explotación sexual que no significa necesariamente prostitución, como podría ser la participación en espectáculos de contenido erótico, o la elaboración de material pornográfico, que son finalidades que darían vida a la expresada agravación específica, siendo así que, sin embargo, no podrían subsumirse bajo la tipicidad del artículo 188.1 del Código Penal. Y finalmente debemos subrayar que el bien jurídico protegido en este último precepto es de titularidad

individual, a diferencia del contemplado en el artículo 318 bis, que se cobija bajo un sujeto pasivo plural. En suma, la colaboración pactada con terceros no identificados para la recepción en España de las víctimas, es acción previa y diferenciable del sometimiento de las mismas a esa situación de prostitución forzada. Y porque este último, es un delito de resultado y aquél de peligro. No hay, en consecuencia, un concurso medial entre ambos, pues la clave se encuentra en la necesidad de la acción, que es el presupuesto del concurso medial (el delito medio ha de ser necesario para el fin propuesto, como es el delito fin), y esa necesidad no puede medirse en términos concretos sino abstractos (objetivos y no meramente subjetivos). De modo que el artículo 318 bis.2, como antes hemos justificado, no implica necesariamente el sometimiento a una situación de real coacción a la determinación de la prostitución de la víctima. Siendo ello así, no es posible la construcción de tal arquitectura concursal, y pueden converger ambos tipos penales de forma real. En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

En el mismo aspecto desestimatorio se ha de estudiar la relación concursal entre el delito de explotación sexual (art. 188.1) y el delito de explotación laboral (art. 312.2, en su inciso segundo), aun siendo éste un tema muy sugestivo, por lo que ha sido sometido al conocimiento del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios.

En efecto, el artículo 188.1 del Código Penal, en la redacción actual, vigente en la comisión de los hechos, como delito de determinación coactiva a la prostitución, incrimina al «que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella», y también al «que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma».

Prescindimos de los demás subtipos agravados, debiendo señalarse que este tipo delictivo fue introducido por Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2003. Es un delito comprendido dentro del título VIII (De los delitos contra la libertad sexual), dentro del capítulo V (Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores).

El bien jurídico protegido es, pues, la libertad sexual de la víctima, así como la dignidad de la persona que se ve sujeta a una situación de prostitución.

La única cláusula concursal (real) que el precepto prevé, es la contenida en el apartado 5, a cuyo tenor: «las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida».

Por su parte, el artículo 312.2 del Código Penal, en idéntica redacción, y como delito contra los derechos de los trabajadores, relativo a súbditos extranjeros, incrimina a «quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Esta norma penal aparece redactada por disposición final 1ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se encuentra incluida en el título XV (De los delitos contra los derechos de los trabajadores).

Aunque la sentencia recurrida no es muy explícita, es de suponer que aplica el segundo inciso de tal precepto, cuando incrimina en la penalidad que establece a quienes «empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que

perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Y buena prueba es que el *factum* se cierra con la mención de que «todas las aludidas [ciudadanas rusas, víctimas] prestaban sus servicios atendiendo en general a los clientes en el referido local sin contrato de trabajo, altas en seguridad social o derecho de carácter laboral alguno».

Lo que es objeto de estos Autos es si la determinación coactiva de la prostitución de las víctimas (bien mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), que en el caso enjuiciado es palpable y evidente, entra en concurso con el delito de emplear a ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, en condiciones de explotación laboral (o sea, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual), también patente, que desborde, como es natural, el derecho administrativo sancionador en esta materia.

Las tesis concurrentes son con el concurso delictivo o con el concurso aparente de normas, que se resolvería por los dictados del artículo 8º del Código Penal, y dentro de él, a la regla tercera, que enuncia el principio de consunción, de modo que el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

Es difícil pronunciarse por esta absorción por complejidad del tipo relativo a la determinación coactiva a la prostitución, dados los diversos bienes jurídicos protegidos, y sobre todo, debiendo interpretar los delitos contra los derechos de los trabajadores no exclusivamente en clave de relación laboral clasificable como tal, so pena de que, bajo esa interpretación, el delito no pueda cometerse cuando la relación laboral no es convencionalmente diseñada como tal (así, una muy conocida sentencia de esta Sala, encontró delito laboral al empleo de un tercero —ciudadano extranjero— bajo los parámetros de un «contrato de esclavitud»). Y multitud de sentencias, también de esta Sala, han considerado que un delito contra los derechos de los trabajadores puede consistir en actividades relacionadas con la prostitución, aunque ésta no esté formalmente regulada como actividad laboral lícita, pues en caso contrario, se favorecería al infractor, sin ningún fundamento, careciendo de sentido que quien contrata y explota (laboral y penalmente) a un tercero en una actividad reglada socialmente pueda ser imputado en un delito de los comprendidos dentro del título XV del Libro II del Código Penal, y no pueda ser imputado quien, bajo el pretexto de explotar, en las mismas condiciones, a otro, por el hecho de que la conducta determinante de la relación laboral que sea la contratada (en sus variadas formas de arrendamiento de servicios), no haya sido jurídicamente regulada, o incluso no lo pueda ser, en atención a sus contornos fácticos (atentatorios contra la dignidad, el honor, etc.).

El Pleno celebrado el pasado día 30 de mayo de 2006 consideró que dados los bienes jurídicos tutelados en cada caso, no era posible el concurso aparente de normas, sino que nos encontraríamos ante un concurso delictivo, que por otro lado, ha sido resuelto por la jurisprudencia de esta Sala como de concurso real de delitos.

Así, en la Sentencia de 17 de marzo de 2005, ya se declaró que «es probable que ambas conductas vaya ordinariamente aparejadas, pero nada impide que se puedan deslindar fácticamente ambas situaciones: la relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad».

Además de este argumento, debemos tener en consideración otro, relativo a la estructura del tipo. En efecto, el delito de explotación sexual (determinación coactiva

a la prostitución ajena) es de contenido activo (se consuma mediante actos positivos), mientras que el tipo relativo a la explotación laboral es de estructura omisiva (no reconocer los derechos de los trabajadores en las condiciones que dispone la norma extrapenal). Siendo ello así, es claro que entre un tipo activo y otro omisivo no puede construirse un concurso ideal pluriofensivo (una misma acción es constitutiva de dos o más delitos), sino real.

Por las razones indicadas, el Pleno indicado acordó que «cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del artículo 188.1 CP y un delito del artículo 312.2, segundo inciso, se producirá, ordinariamente, un concurso real de delitos».

Finalmente, el principio de proporcionalidad no se ha conculcado en la estricta aplicación del Código Penal, sin perjuicio de las vías que puedan interesar los recurrentes en ejecución de Sentencia

(Sentencia de 5 de junio de 2006).

ARTÍCULO 325

Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Conducta incardinable en el tipo básico del artículo 325 en lugar del artículo 328 CP. Depósito de aceites industriales que va más allá del mero establecimiento de un vertedero pues causa lixiviados que contaminan los pozos por infiltración. Subtipo agravado de clandestinidad que exige el desarrollo de la actividad sin autorización. No puede apreciarse cuando lo que existe es una extralimitación en la autorización concedida para la recogida y transporte de aceites industriales usados

La petición del Ministerio Fiscal es que la conducta debe incluirse en el artículo 325 que constituye la forma agravada del delito, frente a la menos grave del artículo 328 aplicado en la sentencia. Argumenta el Ministerio Fiscal que en el artículo 325 se sancionan los vertidos contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, en tanto que en el artículo 328 se constituye el establecimiento de vertederos o depósitos sin exigir la contravención de leyes u otras normas de carácter general.

Estima el Ministerio Fiscal que en el presente caso, se produjeron lixiviados e infiltración en las escorrentías que afectaron a los pozos vecinos de Can Voltat y Can Alomer, y que por tanto se puede estimar que no se está ante un simple depósito. Por lo demás, concluye el Ministerio Fiscal tal acción es contraria a toda una serie de normativa administrativa protectora del medio ambiente que citó en sus conclusiones definitivas y reitera en el presente motivo.

La sentencia razona los principios de su decisión de estimar que la acción enjuiciada no debe integrar la figura básica del artículo 325, sino la de menos gravedad del artículo 328. Su razonamiento es el siguiente: «... a mayor abundamiento, como enseña la STS de 23 de septiembre de 2003, el vigente Código Penal, en relación con los depósitos o vertidos, contiene una figura básica de mayor entidad y reproche delictivo en el citado artículo 325, pero paralelamente y de forma alternativa, como una modalidad más levemente penada se tipifica en el artículo 328 la modalidad específica de depósitos o vertederos de desecho o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las

personas. Y si bien este último precepto devalúa de forma notable la respuesta punitiva ante conductas que incuestionablemente son tan agresivas para el medio ambiente como las que se describen en las figuras básicas, ajustándonos al principio de especialidad y al contenido del hecho probado no hay duda de que entre las dos alternativas típicas debemos inclinarnos por la más favorable para los imputados, contenida en el último de los dos citados preceptos...».

La doctrina científica y también la jurisprudencia de ésta ha venido fijando los límites entre el delito básico del artículo 325 y la forma menos grave del artículo 328 en dos notas:

a) En el artículo 325 se exige la contravención de leyes con disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, lo que no se precisa en la figura leve del artículo 328;

b) En el artículo 325 se sanciona la emisión directa de vertidos, en tanto que el artículo 328 se refiere a los depósitos o vertederos líquidos o sólidos.

Diversas sentencias de esta Sala, han determinado que el artículo 325 se refiere a vertidos directos, pero al mismo tiempo han matizado tal distinción en el sentido de que los vertidos contaminantes en depósitos o balsas insuficientes o permeables, de suerte que se produzcan filtraciones en el terreno con la subsiguiente contaminación de acuíferos, es conducta que debe llevarse a la figura básica del artículo 325 y en modo alguno al artículo 328.

En tal sentido, la STS de 11 de febrero de 2003, que textualmente dice que «... el artículo 328 no cubre... los vertidos de purines procedentes de una granja de 5.000 cerdos en bolsas permeables e insuficientes, donde los residuos sobresalían o filtraban, produciendo contaminación de acuíferos «... que integran la conducta del artículo 325 CP...».

En el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 2000, en relación al depósito de residuos de fundición con integrantes contaminantes, de manera tal que la lluvia antes o después, los ha de arrastrar hasta el arroyo «... no es un acto de realización directa (de vertidos) pero sí constituye una provocación o realización indirecta de vertidos de las previstas como infracción penal...», y concluye la sentencia «... no nos encontramos ante el mero establecimiento de un depósito o vertedero de desechos o residuos tóxicos o peligrosos, conducta ahora prevista como delito en el artículo 328 CP...».

Por lo que se refiere al caso de Autos, y partiendo del riguroso respeto a los hechos probados, que constituyen el presupuesto de admisibilidad del cauce casacional utilizado, verificamos que en dicho relato de hechos se dice textualmente:

a) Apartado segundo del *factum* «... tras la obtención del permiso anterior, y sin realizar ninguna obra previa de acondicionamiento del fondo y de las paredes laterales de la cantera, los acusados comenzaron en 1993 su actividad de llenado de la misma mediante sucesivos vertidos incontrolados...».

b) Apartado tercero «... los aceites minerales recogidos en los talleres de automóviles y los procedentes de las sentinas de los barcos fueron parcialmente almacenados en dos grandes depósitos...».

c) Apartado sexto «... en los pozos de agua situados en las zonas limítrofes a la cantera se ha verificado la contaminación bacteriológica por coliformes fecales y concentraciones de aceites minerales, zinc, nitratos y compuestos organohalogenados absorbibles, debido a la permeabilidad del terreno. Esta contaminación afecta a los pozos vecinos de Can Voltat y Can Alomar, debido a la infiltración de lixiviados en el primero de los casos y a la infiltración de escorrentías en el segundo. El agua subterránea de Can Voltat presenta contaminación química por aceite mineral y com-

puestos organohalogenados que la hacen no apta para el consumo humano y no aconsejable para otros usos; y el agua subterránea de Can Alomar presenta contaminación bacteriológica por coliformes fecales y presencia de concentraciones no toleradas de zinc, nitratos y compuestos organohalogenados, por lo que tampoco es apta para el consumo humano...».

En esta situación, hay que concluir que se está en presencia de vertidos indirectos de sustancias contaminantes con efectos graves en las aguas y sistemas naturales. No es un mero depósito sino que indirectamente se provocaron, por la acción de los recurrentes, vertidos y lixiviados que contaminaron las aguas de los pozos de la zona, no haciéndolas aptas para el consumo, sin contar con la contaminación anaeróbica que también se produjo que está recogida en el *factum*, en los siguientes términos «... ha ocasionado, esporádicamente nubes tóxicas productoras de molestias, irritaciones y picos de ojos y garganta para los habitantes de los núcleos urbanos cercanos...».

En definitiva, se está en presencia de vertidos indirectos, pero liberados y por tanto que constituyen una contaminación directa sobre el aire, agua y suelo, acciones todas que tienen su encaje penal en el artículo 325 del CP –como postula el Ministerio Fiscal– y no en el artículo 328 del CP como sostiene la sentencia, cuya argumentación no puede ser estimada.

En conclusión procede calificar los hechos enjuiciados como constitutivos del delito de contaminación medioambiental tipo básico del artículo 325 del CP, que supuso una clara infracción de leyes y normas de carácter general y al respecto, el Ministerio Fiscal menciona en su motivo una larga relación de leyes y normativa penal de las Comunidades Autónomas de Baleares, Estatal y Comunitaria.

(Sentencia de 6 de septiembre de 2006).

ARTÍCULO 392

Falsedad en documento mercantil. Simulación de facturas falsas aportadas para encubrir un fraude y justificar una producción de aceituna muy superior a la real. Carácter de documento mercantil. Delito continuado. Unidad natural de acción y dolo unitario. Delito de fraude de subvenciones que no queda absorbido por la falsificación. Autonomía del bien jurídico protegido. Inapreciación de la teoría de la consunción

La pretensión de que el delito de fraude de subvenciones absorbe en todo caso, el delito de falsedad documental, no puede ser aceptada.

En primer lugar el presente procedimiento no se sigue por el delito del artículo 308 CP –que está siendo investigado en diligencias aparte, procedimiento abreviado 14-2003–, por lo que ningún problema de concurso de normas puede suscitarse en relación a un delito que no es objeto de acusación.

En segundo lugar, el artículo 308 contempla dos modalidades: la primera modalidad típica comporta que el sujeto aparente la concurrencia de los requisitos y presupuestos (condiciones) exigidas para su concesión, «mediante el falseamiento de datos en su correspondiente solicitud o documentos que la acompañan». En la otra modalidad típica, el peticionario oculta datos o informaciones en su solicitud, que hubiera impedido la concesión.

Ello implica que sólo cuando la falsedad se erija en instrumento o medio para producir la defraudación podría plantearse la posibilidad de concurso de normas y la consunción del delito de falsedad en el delito contra la Hacienda Pública, pero no es éste el supuesto contemplado. Para la comisión del delito del artículo 308 bastaría con la presentación de una certificación expedida por una almazara en la que conste un número mayor de kilogramos de los realmente recolectados y que recibía en concepto de subvención una cantidad indebida por ese exceso, que supere la cuantía prevista en el precepto.

Por ello las facturas declaradas falsas en cuanto no habían sido expedidas por las firmas comerciales que figuraban en los membretes ni correspondían a operaciones reales de compra de abono llevadas a cabo, por Explotación Agrícola Montellano, S.L., a las empresas que en ellas aparecen no tuvieron influencia ni intervención en la supuesta comisión del delito del artículo 308, no fueron instrumentales respecto a dicha defraudación, dado que no se aportaron a la Administración a los efectos de la solicitud del pago de la subvención, sino que fueron aportadas con posterioridad cuando por la Conserjería de Agricultura y la Agencia se inician expedientes de comprobación de las cantidades de aceituna declaradas en las campañas 94/1995 y 95/1996, se trata, por tanto de falsedades *ex post* tendentes no a facilitar el delito, sino su encubrimiento con fin de ocultar y justificar aquel delito, que se investiga en otro procedimiento. Autoencubrimiento que no puede considerarse impune.

En efecto sabida es la grave dificultad que hay en general, para distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3.1 CP), en estos casos, hemos dicho y respetado en esta Sala (SSTS de 5 de diciembre de 2005, 19 de junio de 2004 y 9 de octubre de 2002), de acuerdo con la doctrina, que sólo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho.

El artículo 8.3º CP recoge la fórmula *lex consumens derogat legi consumptae*, lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como la falsedad documental en cuanto falta de verdad expresada por escrito, con relación al delito fiscal; o como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarla. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación.

También se admite la consunción respecto de ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, como la inhumación ilegal de cadáver, en relación con el homicidio.

Se recepciona así la teoría del autoencubrimiento impune que, en Sentencias como las de 18 de septiembre de 1982 y 23 de diciembre de 1995, sostiene que no puede ser apreciado el delito en aquellos supuestos, en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su descuartizamiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder y disimular la acción homicida, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública, ya que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado.

Sin embargo, ello no tiene un alcance extensivo a todo tipo de delitos y supuestos. La STS de 5 de febrero de 1990 precisa que el autoencubrimiento es —en térmi-

nos generales— impune, salvo que los actos practicados por el autoencubridor constituyan de por sí un nuevo delito.

La STS de 25 de noviembre de 2000 contempla el supuesto de un funcionario auxiliar de Correos que se abstuvo de entregar dos paquetes postales a su destinatario para apoderarse de su contenido, simulando una rúbrica en el lugar del libro de reparto en que deben estampar su firma las personas que reciben los paquetes, y se entendió incuestionable que tal conducta era plenamente subsumible en el artículo 390.1.3º CP rechazándose el autoencubrimiento impune, en la medida en que el hecho ya suponía una lesión al bien jurídico protegido mediante la punición de las falsedades.

Los absorbidos son lo que algún sector de la doctrina llama actos copenados, es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal. Lo menos, queda absorbido por lo más, en la progresión delictiva.

La STS de 31 de marzo de 2003 reitera que «cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el artículo 8 CP, concretamente en este caso por su regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple».

Pero la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando «ninguna parte injusta del hecho» queda sin respuesta penal, debiendo acudirse en otro caso al concurso de delitos.

En el caso que nos ocupa no se puede entender, por la teoría de la consunción que el delito de falsedad documental por el que fue condenado el acusado pueda quedar absorbido por el delito de fraude de subvenciones, por el que no ha sido acusado en el presente procedimiento, cuando siendo distinto el bien jurídico protegido en una y otra infracción, son autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión —la falsedad no tiene carácter instrumental respecto a la defraudación— ni se da el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante previsto por otra.

La impugnación, por lo expuesto, se desestima, al igual que la pretensión de que la absolución del delito de estafa debió conllevar la del delito de falsedad al no tener carácter autónomo, por cuanto la falsedad en documentos mercantiles —que las facturas tienen este carácter no ha sido cuestionado por el recurrente (SSTS de 6 de noviembre de 2000, 22 de octubre de 2002 y 27 de septiembre de 2003) a diferencia de la falsedad en documentos privados, en los que el artículo 395 habla de «para perjudicar a tercero», constituye un delito autónomo respecto de la estafa correlativa en concurso regulado y penado conforme el artículo 77 CP., esto es la estafa no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles (SSTS de 26 de noviembre de 2001 y 3 de junio de 2002).

Por último la pretendida aplicación de la pena inferior en grado en relación con el artículo 392, por el uso de los documentos los realizó un particular sin haber realizado ningún tipo de perjuicio a nadie —implícitamente se está refiriendo al artículo 393 CP— debe ser descartada, al estar reservado este precepto para aquellos que son ajenos a la planificación y elaboración falsaria, de modo que si el autor de la falsedad usa posteriormente los documentos falsarios, no comete uno de los delitos previstos en los artículos 393 y 396 CP, sino los previstos en los artículos 392 y 395, ya que el uso o presentación del documento queda absorbido por el delito más grave previamente perpetrado (STS de 27 de septiembre de 2003).

Consecuentemente calificados los hechos como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil artículo 390.2 en relación con el artículo 392 CP, la aplicación del artículo 74.1CP nos llevaría a movernos en una penalidad, mitad superior de la prevista en el artículo 392, a un año y nueve meses y tres años prisión y multa de nueve a doce meses; la impuesta, dos años prisión y diez meses multa es razonada por la Sala sentenciadora, atendiendo al número de infracciones y su trascendencia jurídica, motivación que se considera suficiente y adecuada, teniendo en cuenta que no supone una exasperación relevante en relación a la mínima posible.

(Sentencia de 21 de junio de 2006).

ARTÍCULO 425

Cohecho. Oficial de la Administración de Justicia que recibía dinero de los procuradores a los que llevaba los exhortos del Juzgado a su domicilio o a sus despachos profesionales. Aplicación del principio de igualdad a la falta de condena del que recibe el ofrecimiento o entrega la dádiva. Irrelevancia de la retirada de la acusación a los procuradores involucrados

En el caso presente hemos de partir de que aun cuando el delito de cohecho es una infracción bilateral porque exige por lo común el convenio o la cooperación entre dos personas: la que hace el ofrecimiento y la que recibe la dádiva, no se trata de un delito esencialmente bipolar, ya que en algunas de sus modalidades se consuma por la mera «solicitud» u «ofrecimiento» de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal, sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente la condena del que recibe el ofrecimiento o entrega la dádiva.

Por ello debe entenderse que tanto el artículo 425 como el artículo 426 tipifican conductas consideradas como cohecho pasivo impropio que no ostentan la condición del delito necesariamente bilateral (SSTS de 7 de octubre de 1993 y 7 de noviembre de 1997) y no extiende al cohecho activo paralelo, pues la conducta del donante puede no ser punible, salvo que pueda encuadrarse en el tipo del artículo 423 CP que se refiere sólo a los casos de corromper o intentar corromper.

Bien entendido que la responsabilidad de cada orden de autores por los delitos por ellos específicamente cometidos no excluye ni absorbe la responsabilidad del otro por el delito de cohecho que le es propio, esto es, cada grupo responde de su propio delito, el cohecho activo o pasivo, sin que le sea aplicable las reglas de la coparticipación criminal ya que para la consumación de los respectivos tipos basta la unilateral iniciativa o proposición-solicitud sin que sea exigible un pacto o convenio corruptor.

Por tanto, insistiéndose en que es atípica la acción de ofrecer regalo o dádiva, salvo que pretenda la corrupción del funcionario (STS de 2 de febrero de 1994), no se aprecia infracción alguna del artículo 14 CE por la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal en relación a los procuradores involucrados en la acción delictiva del recurrente.

Las cuestiones suscitadas en orden a la legalidad por el Ministerio Fiscal en su informe en el acto de la vista del recurso sobre la concurrencia en la conducta del acusado del requisito de «realizar un acto propio de su cargo» exigido en el artículo 425, lo que en caso negativo podría encuadrarse su conducta en el artículo 426, y si en todo caso, debería haberse encuadrado la actividad del acusado en el delito del artículo 437, no pueden merecer favorable acogida.

El realizar un acto propio de su cargo supone que el acto ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña. En el caso presente la tramitación y cumplimiento de los exhortos civiles la tenía encomendada el recurrente por su cargo de Oficial de la Administración de Justicia (ver Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, auxiliares y agentes al servicio de la Administración de Justicia, art. 3º), por lo que su solicitud a determinados Procuradores para la entrega de cantidades de dinero si les llevaba personalmente el exhorto a su domicilio o despacho profesional debe encuadrarse dentro de las funciones propias de la tramitación.

Respecto a la posible aplicación del artículo 437 CP, sin perjuicio de los condicionamientos impuestos por el principio acusatorio, debemos recordar que el tipo delictivo contemplado en dicho precepto cuyo antecedente se encuentra en el artículo 402 CP de 1973, con las modificaciones de que la acción continúa siendo «exigir» directa o indirectamente, pero cambia el objeto de esta exigencia que antes consistía sólo en mayores derechos de los señalados, quedando excluidos aquellos no autorizados que podían dar lugar al supuesto de los artículos 202 a 204 CP derogado. En la actualidad abarca tanto a los no debidos como a los reclamados en cuantía mayor a la legalmente señalada. Ahora bien, dada la ubicación sistemática del artículo 437 incluido en el título XIX del Libro II CP entre los delitos contra la Administración Pública «y dentro de ellos en el capítulo VIII de los fraudes y exacciones ilegales», que denota claramente que mediante la sanción penal de la conducta a que nos referimos, el bien jurídico y prioritariamente tutelado no es otro que la correcta prestación del servicio público y la defensa del particular, en el uso y disfrute del mismo, frente al venal comportamiento del funcionario que pretende convertir su cargo en corrompida fuente de enriquecimiento personal, ora exigiendo mayores retribuciones de las que puede legítimamente percibir, ora reclamando emolumentos sin estar autorizado para ello si bien en este último caso, como puntualizó la Sentencia de 14 de abril de 1986, el comportamiento del agente podrá incidir, con más propiedad, en las figuras de cohecho o estafa.

En efecto como dicen las SSTs de 3 de julio de 1991 y 27 de junio de 1989 completando la doctrina que ya establecía la sentencia antes citada de 14 de abril de 1986, el sujeto activo del delito de exacción ilegal no es cualquier funcionario, sino tan sólo aquél que percibe todo o parte de sus emolumentos en forma de derechos fijados en aranceles o de otro modo legalmente establecido, como puede ser su participación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc.

Consecuentemente el ilícito contemplado en el caso actual no puede subsumirse en el artículo 437 CP ya que el oficial de la Administración de Justicia tras la publicación del Decreto de 20 de marzo de 1985 y Ley 25/1986, de 24 de diciembre, no tenía derechos que exigir por razón de su cargo y, por tanto, cualquier exigencia al respecto no estaba tipificada en este precepto penal.

(Sentencia de 8 de junio de 2006).

ARTÍCULO 432.1

Malversación de caudales públicos. Conducta típica. Enriquecimiento ilegal del Alcalde a través de la percepción de cantidades dinerarias con las que se satisfacían gastos personales y no justificados. Abono de supuestos gastos de representación, por viajes, kilometraje y comidas. Delito continuado

El artículo 432.1 exige, para que el delito de malversación quede integrado, que el funcionario «tenga a su cargo por razón de sus funciones» los caudales o efectos públicos que sustrajere o consintiere que otro sustraiga. Este requisito ha sido interpretado de modo flexible por la doctrina de esta Sala por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico protegido mediante la punición de esta conducta, que no es sólo la indemnidad del patrimonio público –SSTS de 27 de mayo de 1993 y 14 de octubre de 1997– sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios.

De acuerdo con esta interpretación, ya la Sentencia de 26 de junio de 1989 recordó ser doctrina reiterada de esta Sala que «no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público».

Esta doctrina se ha ido precisando progresivamente en los últimos años y así, en la Sentencia de 14 de mayo de 1992, el elemento del tipo a que nos referimos fue caracterizado como «una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal de que, en el primer caso, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material», términos que se reproducen substancialmente en la Sentencia de 1 de febrero de 1995. Más recientemente, las Sentencias de 5 de junio de 1998 y 5 de octubre de 1999, han perfilado el sentido de la expresión legal de forma especialmente interesante para la resolución del caso enjuiciado en la sentencia recurrida. En la primera de ellas, relativa a un funcionario destinado en el área de programación del INEM que introdujo en un ordenador los datos precisos para generar unas prestaciones de desempleo inexistentes, se dice que con la expresión «que tenga a su cargo» utilizada en el Código Penal «se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos». Y en la segunda se señala que «tener a su cargo significa, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario».

La doctrina es diáfana y, aplicada al caso actual, determina la desestimación del motivo.

(Sentencia de 2 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 577

Delito de amenazas terroristas. Pintadas con amenaza realizadas en diversas localidades del País Vasco. Patrulla de la Ertzaina que sorprende in fraganti al acusado cuando realizaba una pintada

El motivo segundo al amparo de lo señalado en el artículo 849.1 LECrim. por infracción de lo señalado en el artículo 577 del vigente CP al no haberse producido perturbación en la paz y tranquilidad de los amenazados sin cuyo requisito el delito no se entiende producido.

El delito de amenazas tipificado en los artículos 169 a 171 CP. se caracteriza, según reiterada jurisprudencia (SSTS de 26 de febrero de 1999 y 14 de febrero de 2003), por los siguientes elementos: *a)* una conducta del agente integrada por expresiones o acto idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible; *b)* que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; y *c)* que estas mismas circunstancias: subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuricidad de la acción y su calificación como delictiva.

El delito de amenazas ha sido calificado como de «enteramente circunstancial», y conforme a ello deben valorarse la ocasión en que se profieren las palabras amenazadoras, las personas intervinientes, los actos anteriores, simultáneos y posteriores.

Teniendo en cuenta dichos elementos circunstanciales, la sentencia de instancia analiza, fundamento de Derecho quinto, las distintas expresiones y frases cuya autoría se imputa al acusado, y en concreto en relación a las pintadas aparecidas en Guernica el 19 de abril de 2001, referidas a los señores concejales del PP en dicho Ayuntamiento, Fermín, conocido con el pseudónimo de «Pelos» dentro de una diana, y María Consuelo «María Consuelo ha llegado tu hora», son incardinables en alguno de los tipos comprendidos en el artículo 169 CP (especialmente homicidio o contra la libertad), pues se trata de una influencia lógica y racional para el hombre medio, teniendo en cuenta los hechos notorios y conocidos y la concreción del mal amenazado es lo suficientemente explícita para integrar el tipo de amenazas, no siendo atendibles las alegaciones del recurrente en relación a no haberse producido perturbación en la paz y tranquilidad de los amenazados, pues con independencia de que ello no es cierto, al menos en relación al concejal Sr. Fermín, el delito de amenazas es de mera actividad y se consuma con la llegada del anuncio a los destinatarios. Descansa efectivamente, en la comunicación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido la perturbación anímica perseguida por su autor (STS de 13 de junio de 2003).

Sin olvidar que la sentencia de instancia destaca otras pintadas como las aparecidas el 20 de noviembre de 1999 en edificios públicos y privados de Guernica, entre otras, consistentes en insertar dentro de un punto de mira las letras PP, PSOE y Balza; «Zipaio hori ez da bidea kontuz» (en castellano, «Zipaio, ese no es el camino, cuidado»), «Zipaio kontuz» (en castellano «Zipaio cuidado»); las aparecidas el 15 de marzo de 2000 en Beasáin, «Herri honi egindakoa ordainkuko duezue» (lo que habéis hecho a este pueblo lo pagaréis), «PP huktazauke eta natakis» (PP asesino); «PP PSOE (los que tenéis que iros de Euskal Herria)»; las de 6 de abril de 2000, «Zipaio urrengoa zu» (estando la palabra «zu» dentro de una diana); las de 11 de

septiembre de 2000, «PSOE herriaren etsaiak» (Partido Socialista enemigo del pueblo); «Zipaioak herriaren etsaiak» (Ertzainak enemigos del Pueblo); las del 23 de septiembre de 2000, las siglas del PP en el interior de una diana, «asesinos, independentzia».

Frases cuyo carácter amenazante es indudable y que tienen su encaje en el artículo 170 CP, que tutela a cualquier organización, colectivo o grupo de personas a las que se amenaza genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza, que en este caso serían los miembros de la Policía autónoma y concejales, votantes o simpatizantes de los partidos políticos PP y PSOE.

Respecto a la aplicación del artículo 577, la STS de 23 de diciembre de 2004 precisa que constituye una cláusula penológica de específica agravación aplicable a los delitos enumerados en el mismo (donde se incluyen las amenazas) cuando se cometan por personas que no pertenezcan a una banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública (la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, ha ampliado a «la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o los miembros de un colectivo social, político o profesional»). Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole, caso del artículo 577 CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, de forma que los hechos sancionados en el mismo lo son *per se*, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, siendo determinante no la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto. Lo anterior implica, además de la necesaria no pertenencia del acusado a una organización terrorista para la aplicación de este tipo penal, que tampoco pueda ser negado el hecho de que la amenaza, como es el caso, se concrete aun cuando el sujeto activo no sea miembro de dichas organizaciones, pues éstas pueden servirse de determinados núcleos o entornos afines que pueden seguir las directrices marcadas por la organización o, viceversa, éstas pueden desplegar su actividad terrorista siguiendo la instigación o inducción de aquellos que actúan en el seno de los núcleos afines, es decir, la efectividad del mal anunciado tiene relación con ambos tipos de conducta.

Pues bien, las frases aparecidas el 8 de enero de 2000 en las localidades de Guernica y Lumo, «Gora ETA» y apoyo a los presos de tal organización «Presoak kalera amnistia osoa» (presos fuera, amnistía total); las efectuadas el 20 de enero de 2000 en las mismas localidades, «Estatu espainarra estatu terrorista, ETA (m)», (Estado Español, Estado terrorista, ETA); la de 15 de marzo de 2000 en Beasaín, «Herri honi egindakoa ordainduko duezue» (lo que habéis hecho a este pueblo lo pagaréis); la de 6 de abril de 2000 en Guernica, «Gu ETA rekin, herria ETA gurekin» (nosotros con ETA, el pueblo y ETA con nosotros); «Gora kale borroka» (viva la lucha callejera); «Gora ETA» (viva ETA), son suficientemente expresivas de la finalidad perseguida por su autor, encuadrables en el artículo 577 CP.

El motivo se desestima.

(Sentencia de 6 de marzo de 2006).

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

CIRCULAR 1/2006, SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL TRAS LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003

I. INTRODUCCIÓN

La presente Circular se aborda a partir del importante cambio que la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, ha supuesto en la configuración de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los cuales se han transformado de delitos semipúblicos, sujetos al régimen de denuncia previa del ofendido, en delitos públicos perseguibles de oficio. La reforma introduce además otras novedades en la regulación de estos tipos delictivos, que requieren establecer unos criterios de interpretación y actuación unitaria del Ministerio Fiscal en la persecución eficaz de las conductas vulneradoras de esos derechos que el legislador ha considerado son merecedoras de un reproche de naturaleza penal.

No obstante lo anterior, se ha tenido también presente que la última Circular de la Fiscalía General del Estado en materia de derechos de propiedad intelectual es la Circular 2/1989, que fue elaborada a partir de la novedad que supuso en la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, que modifica el artículo 534 incorporando un nuevo artículo 534 bis del Código Penal, dictada en paralelismo con la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual. Con posterioridad la regulación de estos delitos se vio modificada con la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, que es objeto también de consideración. Finalmente resulta imprescindible tener presente que se ha producido un importante cambio en la realidad social, vinculado a las nuevas tecnologías, que ha incidido en la aparición de diferentes y más intensas formas de comisión de estos delitos, así como en la aparición de otros objetos de protección.

En el ámbito de los derechos de propiedad industrial el desfase en la elaboración de una Circular, para establecer los criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal, es aún mayor puesto que no se ha elaborado una Circular o

Instrucción con posterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1995, a partir de la cual dejaron de estar configurados como normas penales en blanco. Los últimos documentos en la materia están representados por una Circular de 20 de mayo de 1931 y dos Consultas de 4 de noviembre de 1913 y 30 de julio de 1928. Por otra parte, la legislación específica reguladora de estos derechos, con la cual deben integrarse los elementos normativos de estos tipos delictivos, ha proliferado y evolucionado extraordinariamente, siguiendo al igual que en el caso de los derechos de propiedad intelectual un proceso de internacionalización y sobre todo de armonización a nivel comunitario.

Es por ello que en la presente Circular se considera oportuno abordar, en cuanto a los derechos de propiedad intelectual, los problemas interpretativos que puede suscitar la regulación penal de los tipos con posterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 6/1987, teniendo en cuenta además la evolución de la legislación específica integradora de los mismos. En cuanto a los derechos de propiedad industrial, se considera necesario hacer un estudio más exhaustivo de los tipos penales en su configuración actual, abordando la integración de sus elementos normativos con la necesaria referencia a la legislación específica reguladora de estos derechos, de modo similar a lo que se hizo en la Circular 2/1989, tras la publicación de la Ley de Propiedad Intelectual, de 22 de noviembre de 1987 y la reforma simultánea que la Ley Orgánica 6/1987 realizó en el tipo penal del artículo 534 y 534 bis.

La presente Circular sirve también para hacer efectiva la previsión contenida en las Medidas Normativas del Plan Integral del Gobierno para la disminución y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual aprobado el 8 de abril de 2005. En el citado «Plan Antipiratería» se contempla dentro del citado capítulo de Medidas Normativas, la posibilidad de sugerir a la Fiscalía General del Estado el que, conforme a sus normas estatutarias, se establezcan los criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas delictivas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual, como una de las acciones necesarias para lograr los objetivos del Plan.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial que constituyen, respectivamente, la sección primera y segunda del capítulo XI del título XIII del Código Penal, forman parte del grupo de infracciones que integran el núcleo básico de las líneas informadoras de la reforma llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en relación con los tipos de la Parte Especial, tal y como se refleja en la Memoria Justificativa al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003. La reforma trata de dar una respuesta penal eficaz a las nuevas realidades sociales y delictivas, garantizando la protección de bienes jurídicos que sufren nuevos e importantes ataques como consecuencia de las cada vez más expansivas formas de delincuencia organizada, o de los avances tecnológicos instrumentalizados en la comisión de los delitos, así como asegurar la protección de bienes o derechos nuevos, que surgen también como consecuencia de los citados avances tecnológicos, y que antes no podían ser contemplados en el marco de una protección penal por su inexistencia.

En primer lugar, la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, ha abordado la consecución del reforzamiento de la protección penal de estos derechos mediante la elevación de las penas señaladas a los delitos. En los delitos contra la propiedad intelectual, se eleva en el tipo básico la pena de multa en su límite inferior, que pasa de seis a doce meses, y además se hace conjunta la pena de multa con la de prisión, que era antes alternativa; los supuestos agravados del artículo 271 también elevan el límite inferior de la pena de multa que ya era conjunta con la de prisión y pasa de ocho a doce meses. En los delitos contra la propiedad industrial de los artículos 273 (patentes y modelos de utilidad), 274 (signos distintivos de bienes y servicios y títulos de obtención vegetal), y artículo 275 (denominaciones de origen e indicaciones geográficas), se eleva la pena conjunta de multa en su límite inferior de seis a doce meses; en los supuestos agravados del artículo 276 se reduce el límite inferior de la pena de prisión de dos a un año y la pena acumulativa de multa se eleva de ocho a doce meses. Lo anterior pone de manifiesto que en estos delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el legislador además de elevar las penas de multa, ha querido equiparar el régimen sancionador de ambos tipos delictivos. Han desaparecido igualmente de los tipos agravados de los artículos 271 y 276, la referencia a la posibilidad de imposición de la consecuencia accesoria del cierre temporal o definitivo del establecimiento del condenado, referencia que resultaba innecesaria, cuando no contradictoria, con la previsión que con carácter común se establece en el artículo 288 para todos estos delitos de la posibilidad de imposición de cualquiera de las consecuencias accesorias del artículo 129. Quizás la única salvedad que hay que destacar respecto de la generalizada elevación en las penas de multa es la del tipo del artículo 277, relativo a la divulgación de invención objeto de solicitud de patente secreta.

En segundo lugar, la reforma ha previsto la consecución de una lucha más eficaz contra este tipo de delitos, mediante su conversión en delitos públicos, pues el apartado 1 del artículo 287 en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003 excluye de la necesidad de denuncia previa por el perjudicado u ofendido, la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Desde el punto de vista de derecho transitorio, conforme al criterio establecido en la Circular 1/2004, deberá tenerse en cuenta que la flexibilización de la persecución, no puede entenderse aplicable a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, sin la previa denuncia del ofendido, sin perjuicio de que en tales supuestos se haga ofrecimiento de acciones a los potenciales perjudicados antes de adoptar cualquier resolución definitiva de archivo.

La perseguibilidad de oficio refuerza aún más la iniciativa del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas típicas y en el impulso de la tramitación del procedimiento. Los Sres. y Sras. Fiscales deberán observar, por tanto, en esta clase de delitos, como en todos los delitos públicos, una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las pruebas que sirvan para acreditar los hechos delictivos, procurando no caer en la peligrosa inercia de dejar la incorporación exclusiva de las pruebas a las partes implicadas en el proceso, en especial por lo que se refiere a las pruebas periciales sobre las obras o productos fraudulentos, lo que puede dar lugar a una ineficacia del procedimiento en cuanto a la sanción de las conductas delictivas, si se impugnan las pruebas de parte y no se llevan al acto del juicio oral otras pruebas periciales de carácter objetivo.

De conformidad con el criterio de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 de mejorar la eficacia de la respuesta penal en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, la misma ha introducido a través de la Disposición Final Primera una serie de medidas de carácter procesal en la LECrim:

1.º En el artículo 282 bis se incluyen en el apartado *d)* los delitos contra la propiedad intelectual e industrial como delitos en los que será posible la utilización de la figura del agente encubierto cuando estén cometidos por delincuencia organizada; esta incorporación se corresponde con el reconocimiento legal de que la criminalidad organizada se ha incorporado de forma clara y expansiva a la comisión de este tipo de delitos, lo que a nivel sustantivo ha reflejado la Ley Orgánica 15/2003, al incorporar en los artículos 271.c) y 276.c), respectivamente, como supuesto de agravación el que el culpable pertenezca a una organización o asociación.

2.º Se han incorporado los delitos contra la propiedad intelectual e industrial flagrantes al catálogo de delitos de juicios rápidos que establece la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 795 de la LECrim, lo que evidencia el claro propósito de dar una respuesta inmediata y eficaz a las formas más generalizadas de ataque a estos derechos que vienen representadas en nuestra sociedad por la figura del «top manta».

3.º La Ley Orgánica 15/2003, ha añadido un segundo párrafo a la circunstancia 1.ª del artículo 771 de la LECrim, para prevenir que: «La información de derechos al ofendido o perjudicado, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos». Esta incorporación supone el reconocimiento expreso de la legitimación propia de las entidades gestoras de derechos para intervenir en los procedimientos penales relativos a los delitos de propiedad intelectual e industrial, dicha legitimación para intervenir las entidades gestoras supone igualmente un refuerzo del propósito de agilización de los procesos.

La consideración de que las entidades de gestión colectiva tienen atribuida, legalmente y en base al artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual, una legitimación propia y no por sustitución, sin necesidad de tener que acreditar de manera individualizada, en cada caso, la concreta representación conferida por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, se había abierto ya paso en la jurisprudencia, no sólo en el ámbito del procedimiento civil (SSTS de la Sala de lo Civil 881/1999, de 29 de octubre de 1999; 954/2001, de 18 de octubre de 2001; 1208/2001, de 18 de diciembre de 2001, y 40/2003, de 31 de enero de 2003, entre otras), sino también en el del procedimiento penal donde, no obstante, haber mayor discrepancia interpretativa, por tratarse de una jurisprudencia emanada casi exclusivamente de las Audiencias Provinciales, existían numerosas sentencias de dichos órganos judiciales que venían acogiendo también el criterio de la legitimación por derecho propio de las entidades de gestión colectiva.

La interpretación favorable al reconocimiento de la legitimación propia de las entidades gestoras, se ve avalada además por la necesidad de admitir que la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, tan sólo es posible actualmente, mediante la actuación colectiva por parte de los titulares de los derechos, a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, reconocimiento que ya se recogía en el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987.

La normativa legal específica de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI), ha ido incorporando ese reconocimiento, no sólo en el artículo 150 de la LPI, sino también en otros preceptos de la misma Ley, como en el artículo 25, relativo al derecho de remuneración por copia privada, en cuyo apartado 7 se establece que se hará efectivo a través de las entidades de gestión y en el apartado 20 de ese precepto, se atribuye a las entidades gestoras legitimación para el ejercicio de acciones civiles y penales y la solicitud de adopción de medidas cautelares en relación con las reclamaciones de dicho derecho de remuneración.

En el Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la LPI, ahora en tramitación Parlamentaria, el reconocimiento de las entidades gestoras respecto del cobro del derecho de remuneración equitativa por copia privada, así como para el ejercicio de acciones penales y civiles y la petición de adopción de las medidas cautelares previstas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, por impago se contempla respectivamente, en iguales términos en los apartados 8 y 21 del citado artículo 25.

4.º Se introduce también por la Ley Orgánica 15/2003 un nuevo párrafo en el artículo 338 de la LECrim a los efectos de posibilitar expresamente en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial la destrucción de los efectos intervenidos; esta previsión, sin duda viene motivada por la consideración de las dificultades para conservar y custodiar en condiciones adecuadas de integridad y seguridad la ingente cantidad de objetos fraudulentos que diariamente se intervienen por las fuerzas policiales en relación con la comisión de estos delitos. Los Sres. y Sras. Fiscales deberán impulsar la aplicación de lo dispuesto en este precepto, una vez se haya practicado la pericial necesaria en relación con los efectos fraudulentos, y se haya cumplido el requisito del párrafo tercero del artículo 338, de haberse reflejado en la diligencia que se extienda o en la pericial practicada todos los datos relativos a la naturaleza, calidad o cantidad de los efectos que resulte necesario acreditar en el juicio oral. Cumplidos tales requisitos, los Sres. y Sras. Fiscales, en el supuesto de que no se hubiera solicitado o acordado con anterioridad, solicitaran en sus calificaciones, por medio de otrosí, la destrucción de los efectos intervenidos, sin perjuicio de dejar muestras suficientes.

III. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Si bien en el ámbito de la legislación comunitaria la denominación de propiedad intelectual abarca, tanto los derechos de autor en sentido estricto, como los que en nuestro derecho interno se integran bajo la denominación de derechos de propiedad industrial, (derechos de invención con proyección industrial y signos distintivos), la legislación española en la materia regula separada y específicamente cada uno de esos tipos de derechos. Esta distinción se refleja igualmente en el ámbito de la protección penal de los mismos.

Corresponde analizar, en primer lugar, los tipos delictivos de propiedad intelectual, regulados en la sección primera del capítulo XI del título XIII del Código Penal, con especial consideración a las modificaciones que en los mismos ha operado la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, pero sin perjuicio de hacer también una referencia a las novedades que introdujo en su regulación la Ley Orgánica 10/95.

III.1 Novedades de la Ley Orgánica 10/1995

El artículo 270.1 del Código Penal de 1995, con casi igual redacción que la que le había dado al artículo 534 bis.a) del Código Penal de 1973, la Ley Orgánica 6/1987 sancionó «a quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente una obra literaria, artística o científica o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.»

En este tipo de delitos, si bien tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, se abandona la técnica de norma penal en blanco, sin embargo, se configuran como tipos con importantes elementos normativos que deben ser integrados acudiendo a la legislación de naturaleza civil-mercantil, reguladora específica de la materia, y en este caso especialmente al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como a la normativa comunitaria existente sobre la misma, para poder delimitar las conductas que el tipo penal sanciona como delito, los sujetos pasivos titulares de los derechos vulnerados, y la concurrencia del requisito de la falta de autorización de los mismos respecto de las conductas de explotación realizadas por el autor o autores del delito.

Cabe señalar que la LPI configura el derecho de propiedad intelectual en su artículo 2, como derecho con un contenido mixto de carácter personal o moral y patrimonial. La Ley define el contenido moral del derecho en el artículo 14, cuya vulneración vendrá constituida por la conducta típica del plagio; para conocer la dimensión patrimonial del derecho de propiedad intelectual se hace necesario acudir a los artículos 17 a 23 de la citada Ley, en los que se definen cada uno de los derechos de explotación que corresponden al autor de las obras: reproducción, distribución, comunicación o transformación. En cuanto a los titulares de derechos, que son sujetos pasivos del delito, debe distinguirse entre los titulares principales originarios y los titulares principales cesionarios que se contemplan en el Libro I de la LPI y los titulares de derechos conexos o afines tales como, intérpretes o ejecutantes productores de fonogramas, o productores de grabaciones audiovisuales que se contemplan en el Libro II de la referida Ley.

En este sentido, y para todas aquellas cuestiones que se refieren a la interpretación de las conductas típicas sancionadas por el tipo básico del artículo 270: reproducción, plagio, distribución, comunicación, o transformación, ejecución e interpretación, o para la determinación de cuales sean los titulares de los derechos cuya autorización ha sido ignorada por los autores del delito, siguen siendo de aplicación los criterios fijados por la Circular 2/1989, «Precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la Propiedad Intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre».

La utilización de los criterios fijados por dicha Circular, sin embargo, deberá tener en cuenta las modificaciones posteriores que tuvieron lugar en la tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual por la Ley Orgánica 10/1995, que fundamentalmente consistieron en la introducción del elemento subjetivo del ánimo de lucro en el tipo básico, y en la incorporación como conducta típica en el artículo 270, apartado 3, de la supresión o neutralización de los dispositivos de protección de los programas de ordenador; así como las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003, en las que particularmente se va a centrar la presente Circular. Igualmente, deberá tenerse presente en los aspectos relativos a la integración de las conductas típicas y determinación de los sujetos pasivos de los derechos vulnerados, que se abordan en la Circular 2/1989, las modificaciones que ha experimentado la LPI 22/1987, de 11 de noviembre, acudiendo para ello al vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dado que como hemos dicho, estamos en presencia de tipos delictivos con elementos normativos, que deben ser integrados con la legislación extrapenal en la materia.

Como acabamos de indicar, la novedad fundamental que la Ley Orgánica 10/1995 introdujo en el tipo básico del delito contra la propiedad intelectual, es la exigencia de obrar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. La exigencia del elemento

subjetivo del ánimo de lucro no era recogida por el tipo básico del artículo 534 bis.a), siendo la concurrencia de este ánimo una circunstancia de agravación contemplada en el artículo 534 bis.b).1, apartado a). De otra parte, la exigencia de actuación en perjuicio de tercero implica que la consumación tiene lugar por la realización de la conducta típica, sin que sea necesario que se llegue a producir un efectivo perjuicio para el titular de los derechos de propiedad intelectual.

La exigencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro, excluye del ámbito de la represión penal las conductas en las que dicho ánimo no concurra. Es por tanto, a propósito de la existencia o no de dicho ánimo donde se suscitan algunas cuestiones interpretativas de relevancia, que fundamentalmente giran en torno al «derecho a la copia privada», como supuesto de exclusión de ilicitud de las conductas realizadas sin la autorización del titular de los derechos así como a la extensión interpretativa de ese elemento subjetivo, las cuales serán abordadas en un apartado posterior.

La otra novedad que incorporó la Ley Orgánica 10/1995 al tipo básico del artículo 270, respecto del anterior artículo 534 bis.a), fue la de sancionar en el apartado 3 del mismo «la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador».

La incorporación de este apartado supuso reforzar la protección de los programas de ordenador, que ya estaban incluidos como objeto de protección de la propiedad intelectual en el artículo 10 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, frente a nuevas formas de ataque propiciadas por los avances tecnológicos. La inclusión por la Ley Orgánica 10/1995, en el apartado 3 del artículo 270 de la conducta relativa a la inutilización o neutralización de los medios de protección de los programas de ordenador, se produce además como consecuencia de la trasposición de la Directiva 91/250 CEE, de 14 de mayo, en los artículos 95 a 104 de la LPI.

Es necesario destacar, que además la conducta sancionada en el apartado 3 del artículo 270 del Código Penal de 1995, se configura como una anticipación de la barrera de la protección penal, a lo que son actos preparatorios, pues se sanciona la fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio «específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger los programas de ordenador», en consideración al riesgo que tales actos suponen para la previsible lesión del bien jurídico a través de las verdaderas conductas lesivas que se enumeran en el artículo 270.1 (específicamente reproducción o distribución de los programas). Como veremos, la Ley Orgánica 15/2003, ha ampliado el ámbito de las conductas preparatorias sancionadas, así como el del objeto de protección.

III.2 Novedades que introduce la Ley Orgánica 15/2003 en la definición del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual

III.2.A) LAS CONDUCTAS DE EXPORTACIÓN, ALMACENAJE E IMPORTACIÓN

La Ley Orgánica 15/2003 introduce como novedad en el artículo 270.2 del Código Penal, respecto a la redacción del Código de 1995, que a su vez repetía la de la Ley 6/1987, la de establecer una diferenciación entre las conductas de exportación y almacenaje de un lado, y las de importación de otro, pues dicho apartado 2 del artículo 270 establece:

«Será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si estos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.»

La diferenciación que hace la Ley Orgánica 15/2003 en el artículo 270.2 entre las conductas de exportación y almacenaje de un lado, y las de importación de otro, parece responder a la voluntad del legislador de dar una respuesta legal expresa en relación con las denominadas «importaciones paralelas», a la cuestión interpretativa sobre si las importaciones que deben ser objeto de reproche penal son las que recaen sobre objetos ilícitos o también las que recaen sobre objetos lícitos.

La importación de las obras es una de las facultades integradas en los derechos de explotación del titular de los derechos de propiedad intelectual, y en particular, se encuentra implícita en la facultad exclusiva de distribución que tiene el titular de los derechos de propiedad intelectual.

El concepto del derecho de distribución se contempla en el artículo 19.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 siendo «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma»; dicho derecho corresponde además de al autor y sus cesionarios, a los titulares de los derechos afines o conexos (artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales y entidades de radiodifusión [artículos 109.1, 117.1, 123.1 y 126.1.e) de la LPI]. Las facultades de importación y exportación que evidentemente son instrumentales de las de distribución o comercialización de las obras, sólo se mencionan expresamente en la LPI, como inherentes al derecho de distribución en el artículo 117.3 respecto de los productores de fonogramas.

Las limitaciones del derecho de distribución, y por ende, de las facultades de importación y exportación como instrumentales de la comercialización de las obras se contemplan, respectivamente, respecto de autores y titulares de derechos afines en el artículo 19.2 y en los artículos 109.2, 117.2, 123.2 y 126.1.e) de la LPI.

En la redacción originaria de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, el artículo 19.2 contemplaba la extinción o agotamiento del derecho de distribución sólo a nivel nacional, pues disponía «cuando la distribución se efectúe mediante venta, este derecho se extingue a partir de la primera venta». Sin embargo, la consideración de la Comunidad Europea como un mercado único interno, donde rige el principio de libre circulación de bienes y servicios, y donde propiamente no cabe hablar de importación y exportación (art. 1, núms. 1, 2, 4 y 5, de la Ley 12/1995, de Represión del Contrabando), exigía extender el principio de agotamiento del derecho de distribución a ese ámbito comunitario.

La extensión del agotamiento del derecho de distribución se produjo en primer lugar por la normativa comunitaria, concretamente, por la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, relativa a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que en su artículo 9.2, y con relación a los derechos de distribución de los titulares de derechos afines a los de autor estableció: «el derecho de distribución relativo a un objeto de los contemplados en el apartado 1 no se agotará en la Comunidad, salvo en el caso de primera venta en la Comunidad de dicho objeto por parte del titular o con su consentimiento». Esta Directiva fue objeto de transposición a nuestro derecho

interno en virtud de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, que acogió en su artículo 8.2 esa limitación o agotamiento respecto de los derechos de distribución de los titulares de derechos conexos. En esta línea la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información en su artículo 4.2, y respecto del derecho de distribución de los autores dispone: «el agotamiento del derecho en el ámbito de la Comunidad por la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad por el titular del derecho o con su consentimiento, ello de conformidad con lo declarado en el considerando 28 de su Exposición de Motivos que dispone: «La protección de los derechos de autor a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible. La primera venta en la Comunidad del original de una obra o de copias de la misma por el titular del derecho o con su consentimiento, agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en la Comunidad. Este derecho no se agota cuando se aplica al original o a sus copias vendidas por el titular del derecho o con su consentimiento fuera de la Comunidad».

En aplicación de la normativa comunitaria el actual Texto Refundido de la LPI, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, contempla el agotamiento comunitario del derecho de distribución en el artículo 19.2 de la LPI, respecto de los titulares de derechos de autor, y en los artículos 109.2, 117.2, 123.2 y 126.1.e) respecto de los titulares de derechos afines o conexos.

La cuestión relativa a los problemas de interpretación sobre las importaciones realizadas sin consentimiento de los titulares del derecho de distribución, «importaciones paralelas», había tenido ya una respuesta en nuestros Tribunales, y en concreto en el Tribunal Supremo, en la sentencia de la Sala Segunda de 2 de abril de 2001. Esta sentencia resuelve el recurso de casación planteado por varias casas discográficas titulares de derechos sobre fonogramas, en el que se exponía que el agotamiento del derecho de distribución sólo se produce respecto de las importaciones de productos lícitos (en este caso fonogramas), realizadas en el ámbito territorial comunitario, pero no respecto de las importaciones de productos lícitos realizadas fuera del espacio comunitario a tenor de lo dispuesto en los artículos 19.2 y 117.2 de la LPI, y del artículo 9.2 de la Directiva 92/100 CEE.

La sentencia citada resuelve dicho recurso considerando que las importaciones extracomunitarias, no autorizadas por el titular territorial de los derechos de distribución, cuando se refieran a objetos lícitos (en este caso fonogramas, cuya reproducción ha sido autorizada por sus titulares, cuya adquisición ha sido legal y la introducción en España es también legal), no estaban comprendidas en el ámbito de protección penal del tipo del artículo 270. 2 en la redacción de la Ley 10/1995.

En concreto la sentencia declara:

«No es idéntico el contenido criminal de la acción de quien importa conscientemente fonogramas provenientes de una usurpación de derechos intelectuales, que el desvalor de la conducta del que los compró en el extranjero legalmente al precio fijado libremente en el mercado extracomunitario. Mientras en el primer supuesto el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva y se introduce ilegalmente en el mercado, en el segundo simplemente se vale de las leyes de la oferta y la demanda...»

«El texto del artículo 270 CPI distingue, tanto en la letra como en el espíritu, entre la importación de obras usurpadas, que son objeto de la alternativa típica de la importación y almacenamiento, y la importación de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en el mercado legal paralelo. El carácter criminal de las primeras justifica su punibilidad y es, además político-criminalmente razonable...». «El titular de los derechos intelectuales puede defenderse de la importación de obras legalmente adquiridas en el

mercado legal paralelo –si ello correspondiere– mediante las medidas cautelares y el sistema de responsabilidad que prevén los artículos 138 y siguientes de la Ley 6/1987 (*sic*).»

De la redacción del artículo 270.2 se desprende que el legislador ha venido a dejar sin aplicación esta interpretación jurisprudencial, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, pues expresamente sanciona en el actual artículo 270.2 la importación intencionada de los productos a que se refiere el apartado 1, sin autorización del titular del derecho, tanto si tienen origen lícito como ilícito. Asimismo, deja claro que de dicha sanción queda excluida, por imperativo de la normativa comunitaria y nacional que establece el agotamiento de los derechos de distribución en el espacio económico europeo, la importación procedente de un Estado miembro de la Unión Europea pues dispone:

«no obstante la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento.»

Por tanto, los Sres. y Sras. Fiscales deberán considerar que en la actual redacción del artículo 270.2 del Código Penal, dada por la Ley Orgánica 15/2003, están sancionadas las conductas de importación paralela, realizadas sin consentimiento del titular de los derechos de distribución en España, desde un Estado no perteneciente a la Unión Europea, aunque se trate de objetos lícitos adquiridos legítimamente en el país de procedencia de los mismos. No será punible la importación de objetos lícitos sin dicho consentimiento, cuando ésta se realice desde un país comunitario en el que dichos objetos han sido previamente comercializados por el titular del derecho o con su consentimiento.

No es posible conforme al principio de legalidad una interpretación diferente, puesto que ni siquiera cabe objetar que la protección penal excede en este caso del ámbito de protección civil del derecho de propiedad intelectual, ya que tanto la legislación nacional [arts. 19.2, 109.2, 117.2, 123.2, 126.1.e) de la LPI] como la normativa comunitaria (art. 9.2 de la Directiva 92/100 CEE y 4.2 de la Directiva 2001/29 CE del Parlamento Europeo y del Consejo), establecen sólo el agotamiento comunitario del derecho de distribución, pero no el agotamiento internacional del derecho.

En relación con el no reconocimiento del agotamiento internacional del derecho de propiedad intelectual, debe tenerse en cuenta el criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de Pleno de 16 de julio de 1998; pues si bien esta sentencia se refiere al agotamiento del derecho conferido por la marca respecto de productos comercializados fuera del espacio económico europeo, el criterio es plenamente aplicable respecto de los derechos de autor y sus conexos, puesto que en el ámbito comunitario la propiedad intelectual abarca también los derechos de propiedad industrial, y además nos encontramos con una regulación paralela respecto del agotamiento de los derechos de distribución en las Directivas 92/100 CEE, de 19 de noviembre de 1992 y Directiva 2001/29CE de 22 de mayo, para propiedad intelectual y Directiva 89/104, de 21 de diciembre de 1988, para las marcas.

El TJCE, en la sentencia referida considera que:

«la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que deja a los Estados miembros la posibilidad de prever en su Derecho nacional el agotamiento de los derechos conferidos por la marca respecto de los productos comercializados en países terceros. Esta interpretación es la única que puede alcanzar plenamente la finalidad de la Directiva, que consiste en salvaguardar el funcionamiento del mercado interior. En efecto, de una situación en la que algunos Estados miembros podrían establecer el agotamiento internacional mientras que

otros sólo preverían el agotamiento comunitario se derivarían obstáculos ineluctables para la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios».

En definitiva, la doctrina del TJCE rechaza la posibilidad que las legislaciones nacionales reconozcan el agotamiento internacional de los derechos de propiedad industrial e intelectual, debiendo tener presente además que la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, iniciada en Sentencia de 15 de junio de 1964 en el asunto 6/64 Costa, establece la primacía del Derecho comunitario en el orden interno. La primacía del Derecho comunitario ha sido también reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia de la Sala Segunda núm. 120/1998, de 15 de junio, en la que con cita de otras sentencias anteriores se declara que:

«(...) el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual –por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea– constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (...).»

En esta línea de interpretación cabe señalar la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005, que de conformidad con lo establecido en la Directiva 89/104/CEE, de aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas, rechaza la posibilidad de admitir el agotamiento internacional del derecho sobre la marca.

Como ya dijimos anteriormente, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se han deslindado en la redacción del artículo 270.2 las conductas de exportación y almacenaje no autorizadas de un lado, y las de importación de otro, y sólo respecto de estas últimas se dice expresamente que se sancionarán con independencia del carácter lícito o ilícito de los objetos. Resulta pues necesario interpretar si también en el caso de exportaciones extracomunitarias realizadas sin la autorización del titular de los derechos de distribución en España, serán punibles las mismas aunque se realicen de objetos lícitos adquiridos legítimamente en el mercado nacional, puesto que tan sólo en el caso de exportación a países de la Unión Europea, se podrá dar un agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta o comercialización realizada por el titular, de acuerdo con la normativa nacional y comunitaria reguladora de la propiedad intelectual a la que aludimos al referirnos a las importaciones paralelas.

La cuestión está en determinar si la consideración de que son sancionables penalmente las exportaciones paralelas, constituye una interpretación extensiva, contraria al principio de tipicidad, o si por el contrario la sanción penal de tales exportaciones está incluida en la descripción típica del artículo 270.2. En la redacción de este apartado como ya hemos expuesto, a diferencia de lo que ocurría en la redacción de la Ley Orgánica 10/1995, se describen separadamente las conductas de exportación y almacenaje de un lado, y las de importación de otro, y sólo en la mención de estas últimas el legislador ha vinculado la conducta de importar con el origen de las obras, para señalar que se sancionará la importación no autorizada tanto si es de obras lícitas como ilícitas. Por tanto, deberá considerarse una interpretación extensiva y prohibida, la consideración de que en el caso de conductas de exportación se encuentran tipificadas las exportaciones de obras lícitas.

Lo cierto es que el legislador no ha utilizado una técnica coherente, al sancionar únicamente las importaciones de obras lícitas sin autorización del titular de los derechos, y no sancionar las exportaciones de obras lícitas sin esa autorización

puesto que tanto la importación como la exportación son facultades inherentes al derecho de distribución. No es posible conocer tampoco cuál es el criterio de política criminal, por el que el legislador ha decidido criminalizar las importaciones de obras lícitas en el ámbito extracomunitario, puesto que ni en la Memoria del Anteproyecto ni en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, se menciona su tipificación como uno de los criterios necesarios para mejorar la eficacia de la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Haciendo un repaso de lo que fue la evolución del Proyecto de la Ley Orgánica 15/2003, nos encontramos con que el texto aprobado por el Consejo de Ministros y remitido al Congreso en mayo del 2003, contemplaba ya respecto de los derechos de propiedad intelectual en el artículo 270.1 la sanción de las importaciones extracomunitarias de origen lícito, pero sin que en la Exposición de Motivos del mismo se reflejara ningún dato que permitiera conocer los criterios por los que el legislador consideraba adecuado penalizar este tipo de conductas, que vulneran formalmente los derechos exclusivos de los autores, reforzando de ese modo la protección de carácter civil de los mismos.

Por otro lado, nos encontramos con que en el texto del Proyecto de Ley remitido al Congreso no se contemplaba en el artículo 274.1 la penalización de las importaciones paralelas, en el caso de los derechos de propiedad industrial, habiéndose incorporado al texto definitivo de la Ley como consecuencia de las enmiendas introducidas por los Grupos Parlamentarios Vasco, Popular y Catalán. Dichos Grupos justificaron sus enmiendas, en la necesidad de dar un tratamiento penal paralelo e igualitario a los derechos de propiedad intelectual e industrial, incorporando a la redacción del artículo 274.1 en el Proyecto la sanción de las importaciones extracomunitarias de obras lícitas sin consentimiento del titular de los derechos registrados conforme a la legislación de marcas. Conforme a ese criterio de estricto paralelismo invocado en las referidas enmiendas, no se incluyó tampoco en las mismas, ni luego en el texto definitivo de la Ley Orgánica, la sanción de las exportaciones de obras lícitas sin consentimiento del titular de los derechos de marcas.

De lo anteriormente señalado se desprende, que si bien la voluntad del legislador de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, ha sido la de sancionar las importaciones paralelas de objetos lícitos, tipificando expresamente esas conductas, lo cierto es que la opción de la represión penal frente a los actos lesivos del derecho exclusivo del titular a autorizar la importación de objetos lícitos, pudiera valorarse como excesiva a la luz del principio de intervención mínima del derecho penal y de proporcionalidad en la respuesta penal, dado que se castiga con igual pena la conducta del que importa obras ilícitas o fraudulentas, que la del que importa obras legítimas en el mercado extracomunitario, sin haber obtenido la autorización de quien es el titular del derecho de los derechos de distribución en España. En este sentido, la tutela en vía civil resultaría adecuada y suficiente, frente a este tipo de lesión, además de evitar la superposición de los dos ámbitos, penal y civil, de protección de los derechos de propiedad intelectual.

En todo caso, deberá tenerse presente por los Sres. y Sras. Fiscales a la hora de ejercitar las correspondientes acciones penales en relación con conductas de importaciones paralelas extracomunitarias, que la exigencia en el artículo 271.2 de que concurra en las conductas de importación no autorizadas el elemento subjetivo de intencionalidad, supone que deberá concurrir un dolo directo, no siendo posible la comisión de delito por dolo eventual.

III.2.B) LAS CONDUCTAS DE VULNERACIÓN DE LOS DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE PROTECCIÓN DE LAS OBRAS

La Ley Orgánica 15/2003, ha ampliado en el apartado 3 del artículo 270, las conductas que en el Código Penal de 1995 se sancionaban en el párrafo 3º de dicho artículo castigando con la misma pena señalada en los dos apartados anteriores:

«a quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualesquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.»

Por tanto, se sanciona además de la fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio destinado específicamente a la eliminación o neutralización de los dispositivos técnicos de protección de los programas de ordenador, las conductas de importación, y desde el punto de vista del objeto, la Ley Orgánica 15/2003, amplía la protección a cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

El artículo 270.3, como ya dijimos, contempla un supuesto de sanción de actos preparatorios de las acciones constitutivas de efectiva lesión de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente de las relativas a la reproducción y distribución no autorizada de las obras de propiedad intelectual, constituyendo la fabricación, importación, puesta en circulación o tenencia de medios específicamente destinados a suprimir o neutralizar los dispositivos técnicos utilizados por los legítimos titulares de los derechos para proteger las obras sobre las que recaen sus derechos, el acto preparatorio. El legislador ha considerado que la puesta en peligro del bien jurídico protegido y la antijuridicidad que suponen tales actos justifica su punición, habiendo sin duda, valorado en la ampliación del objeto protegido, la realidad de los cada vez más generalizados y masivos ataques contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual, y la inutilidad de las barreras de protección que éstos colocan para tratar de evitarlos, al valerse los autores del delito de medios tecnológicos de igual naturaleza para eliminarlos.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, la respuesta que desde el Derecho penal se da en los supuestos de eliminación o supresión de los mecanismos de protección de las obras, es más amplia y extensa que la dispensada desde el ámbito de la protección civil de los derechos, puesto que el actual artículo 270.3 sanciona un ámbito mayor de conductas que la vigente LPI en su artículo 102.c), la cual en correspondencia con el artículo 7.1.c) de la Directiva Comunitaria 91/250/CEE, sólo contempla las conductas de «circulación y tenencia» de los medios de eliminación o neutralización de los mecanismos de protección, y en cuanto al objeto protegido sólo los programas de ordenador, y además exige que la tenencia o puesta en circulación se realice con «fines comerciales», mientras que el artículo 270.3, no exige expresamente ese elemento subjetivo; por último el artículo 102.c) exige que los mecanismos de eliminación o supresión de los dispositivos de protección tengan ese «único uso» mientras que el artículo 270.3, sólo exige que estén destinados específicamente a ese fin.

La aplicación de este tipo del artículo 270.3, que guarda un total paralelismo con la sanción de actos preparatorios de la estafa del artículo 248.3, sólo puede plantearse en relación con quienes no sean además autores materiales de las conductas de lesión de derechos que se tipifican en el apartado 1 del artículo 270, encontrándose las conductas del artículo 270.1 en relación de progresividad delictiva respecto de los

actos preparatorios de las mismas, hallándonos ante un supuesto de concurso de normas del artículo 8.3, con preferencia del artículo 270.1 como *lex consumens*.

Aunque en el artículo 270.3 no se exige la concurrencia expresa de ánimo de lucro, éste debe considerarse implícito en todos los supuestos típicos de delitos contra la propiedad intelectual como diferenciadores de los ilícitos civiles. En el mencionado apartado 3 se sanciona la mera tenencia de los medios específicamente destinados a la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para la protección de las obras, obviamente pueden suscitarse problemas de prueba en la concurrencia del requisito de que los medios que pueden suprimir o neutralizar los dispositivos técnicos de protección (generalmente algún programa informático), estén específicamente destinados a esa finalidad, lo que habrá de deducirse, de la propia naturaleza o funcionalidad del medio en cuestión y de las circunstancias de su intervención.

En el supuesto de mera tenencia de los medios aptos para la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador o de otro tipo de obras del artículo 270.1, se pueden suscitar problemas de legitimidad de la conducta, en relación con el derecho a la copia privada, pues la conducta típica de tenencia de los medios específicamente destinados a la supresión o neutralización de los dispositivos de protección de las obras, no puede considerarse en abstracto, sino en relación con el riesgo de lesión de los derechos de propiedad intelectual.

La LPI en su artículo 31.2 contempla el derecho a la copia para uso privado, como límite de los derechos de reproducción al disponer que: «las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34, en los siguientes casos: para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa».

Por tanto, y respecto de las obras que no sean programas de ordenador, respecto de los cuales el artículo 99.a), establece la necesidad de la autorización del titular del derecho para la reproducción total o parcial del programa para uso personal, cabe plantearse el problema de legitimidad de la conducta de la persona que habiendo adquirido un original de un CD o DVD, protegido por dispositivo técnico para evitar su reproducción esté en posesión de un medio que sea apto para neutralizar la protección, si lo hace en el ejercicio del derecho a una copia privada en los términos que se autoriza por el artículo 31.2 LPI y en el artículo 10 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, teniendo en cuenta que el derecho de copia privada da lugar a la remuneración equitativa contemplada en el artículo 25 LPI. En este caso, debe entenderse que no existiendo elementos o indicios de prueba de que la posesión de medios aptos para la eliminación o supresión de dispositivos de protección del CD o DVD, tenga una finalidad diferente a la realización de una copia para uso privado en los términos de los referidos preceptos de la LPI y del Real Decreto 1434/1992, no podrá considerarse tal posesión incluida en el ilícito penal del artículo 270.3.

Conforme a lo anteriormente expuesto debe tenerse en cuenta que el Proyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de propiedad Intelectual (en tramitación parlamentaria), viene a dar solución al problema interpretativo que puede suscitar la normativa vigente, al regular expresamente la utilización de las medidas tecnológicas para la protección de las obras.

En la Exposición de Motivos del Proyecto se señala expresamente que: «La relación y en su caso, el necesario ajuste entre determinados límites a los derechos de propiedad intelectual y la posesión de las medidas tecnológicas se aborda mediante

un sistema que evita que los derechos e intereses generales a los que responden los límites puedan quedar frustrados por la protección objetiva de las tecnologías».

El Proyecto que realiza una transposición de la Directiva 2001/29 CE, de 22 de mayo, incorpora al Texto Refundido de la LPI los artículos 160 y 161. El nuevo artículo 160 del Proyecto regula la protección de las medidas tecnológicas, sancionando los actos de elusión y actos preparatorios en los mismos términos que establece el artículo 6 de la Directiva 2001/29 CE.

El artículo 160.1 establece:

«Los titulares de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta Ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título de su Libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo eludan cualquier medida tecnológica eficaz.»

El artículo 160.2 establece:

«Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiquen para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz:

- a) Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección o,
- b) Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección o,
- c) Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.»

En el artículo 161 se establece el régimen de armonización entre la protección de las medidas tecnológicas y los límites de los derechos de propiedad intelectual legalmente establecidos.

El artículo 161.1 dispone que:

«Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate.»

En relación con el límite de la copia privada previsto en el artículo 31.2 LPI, expresamente el artículo 161.4 contempla una solución concreta para hacer efectiva la armonización del límite de la copia privada con las medidas tecnológicas de protección al prever:

«Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado.»

(La redacción inicial de este artículo del Proyecto de Ley, preveía que las medidas tecnológicas relativas al número de reproducciones en concepto de copia privada, deberían facilitar como mínimo tres copias, límite éste que ha desaparecido

en la redacción dada al precepto en el Dictamen de la Comisión de Cultura elevado al Pleno del Congreso).

De la regulación establecida en el Proyecto de Ley se desprende:

En primer lugar, que se amplía el objeto sobre el que recaen las medidas tecnológicas de protección, a todas las obras y prestaciones protegidas, superando el límite de los programas de ordenador del vigente artículo 99.a). En el artículo 160.4 del Proyecto se establece que:

«Lo dispuesto en los apartados anteriores no es de aplicación a las medidas tecnológicas utilizadas para la protección de programas de ordenador, que quedarán sujetas a su propia normativa.»

En segundo lugar las conductas vulneradoras de las medidas tecnológicas que se sancionan son, de un lado, los actos intencionados de elusión de las medidas, y de otro, los actos preparatorios de esa elusión material. De lo establecido en el artículo 160.2 se desprende que los actos preparatorios de la efectiva elusión de las medidas tecnológicas eficaces para impedir o restringir actos lesivos de los derechos de los titulares (fabricación importación, distribución, venta, alquiler o posesión de dispositivos productos o componentes), para ser sancionables deberán ser realizados con fines comerciales. Por otro lado, los dispositivos o productos deberán servir «principalmente» para permitir o facilitar la elusión de la medida tecnológica utilizada por los legítimos titulares.

En tercer lugar, se armoniza la protección de las medidas tecnológicas con los límites de los derechos de propiedad intelectual que el propio artículo 161 enumera. El artículo 161 del Proyecto establece la obligación de los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces, de proporcionar los medios adecuados para que los beneficiarios de tales limitaciones de derechos puedan disfrutar efectivamente de ellas. En el supuesto de no cumplirse, se otorga a los beneficiarios la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil para reclamar el levantamiento de la medida tecnológica. En todo caso, se establece como condición que el beneficiario del límite tenga acceso legal a la obra o prestación de que se trate.

Por último indicar que el Proyecto ha incorporado también un artículo 162 en el que se contempla la protección de la información para la gestión electrónica de los derechos de propiedad intelectual.

III.2.C) LAS CONDUCTAS DE LESIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La nueva realidad tecnológica hace necesario un planteamiento sobre la posibilidad de incriminación de determinadas conductas en la sociedad de la información a la luz de la regulación penal vigente. La Ley Orgánica 10/1995 introdujo el elemento subjetivo del ánimo de lucro en el tipo básico del delito contra la propiedad intelectual, siendo en la anterior redacción de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, sólo un supuesto de agravación del artículo 534 bis.b). La necesidad de que concurra el elemento subjetivo del ánimo de lucro, suscita bastantes dudas acerca de la posible incriminación de algunas conductas, ligadas a los avances tecnológicos de la sociedad de la información, y que dan lugar a nuevas formas de lesión de los derechos de propiedad intelectual.

Algunas de las nuevas formas de posible vulneración de los derechos de explotación, están representadas por la utilización de medios telemáticos y en concreto por Internet. Existe una gran sensibilización tanto desde el ámbito correspondiente a

quienes ostentan la titularidad de los derechos (productores de fonogramas u obras audiovisuales), o de las entidades que les representan y gestionan sus derechos, como desde el ámbito de los usuarios de nuevas tecnologías, acerca de la interpretación que debe darse a determinados comportamientos vinculados a la utilización de Internet, como medio para la obtención por parte de los usuarios de las obras protegidas. Nos referimos a los generalizadas prácticas de «bajar de la Red» obras musicales o audiovisuales, o a los supuestos en que se comparten ficheros dispersos en los ordenadores de los múltiples usuarios interconectados (sistema P2P o *Peer to Peer*).

Los problemas que se plantean con respecto a tales supuestos se refieren, de un lado, a la incardinación de tales prácticas en algunas de las conductas típicas del artículo 270.1 (reproducir, distribuir o comunicar públicamente una obra sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos), y de otro lado, a si cabe apreciar la concurrencia del elemento subjetivo de ánimo de lucro en los referidos casos. Igualmente, se plantea en estos supuestos el problema de poder determinar quiénes son responsables en su caso de la comisión del posible delito: los que colocan en un sitio de la Red las obras musicales o audiovisuales, que luego se «bajan» los usuarios sin contraprestación dineraria, los usuarios que acceden a los sitios Web y se «bajan» las referidas obras sin contraprestación, o en su caso los servidores bajo cuya responsabilidad están las páginas en las que se encuentran las obras. En el caso de intercambio de ficheros por el sistema «*Peer to Peer*» se debe tener en cuenta además, que en este caso los ficheros no están en un sitio de la Red de responsabilidad del servidor sino que los ficheros están dispersos en los múltiples ordenadores interconectados a través de una aplicación informática.

En la regulación vigente de la LPI, la actividad de colgar en Internet obras protegidas o de utilizar sistemas de intercambio de archivos, para la obtención de dichas obras, puede considerarse incardinada en el concepto amplio del derecho exclusivo de comunicación pública que se establece en el artículo 20 de la LPI, el cual esta sujeto a autorización de los titulares.

El artículo 20.1 establece:

«Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares de cada una de ellas.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.»

Las dudas que puede suscitar la inclusión en el derecho de comunicación, de las conductas de acceso a las obras en red, se ven disipadas si atendemos al Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la LPI, que expresamente incorpora en el artículo 20.2.i), como modalidad específica del derecho de comunicación:

«la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.»

Por lo que se refiere a la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro en la conducta de quienes obtienen obras protegidas mediante el sistema de intercambio de archivos en Red, cabría considerar que sí se da en tales supuestos un ánimo de lucro, si se atiende a la interpretación que del mismo ha establecido el TS para los delitos patrimoniales como:

«cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente.»

En el caso del sistema P2P, los usuarios entre quienes se facilita el intercambio de archivos, ponen los suyos a disposición de otros, con la finalidad de poder obtener las obras sin coste en un sistema telemático de intercambios.

La limitación al derecho de propiedad intelectual que supone el derecho de copia privada, no reúne en los supuestos de colocación en lugares de Internet o en casos de intercambio de archivos, los requisitos exigidos por el artículo 31.2 de la LPI, puesto que es necesario que la copia obtenida no sea utilizada para uso colectivo o lucrativo.

En cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que «baja o se descarga de la Red» una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica.

En lo que respecta a la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, los mismos no serán responsables cuando el servicio que prestan sea el de simple intermediación, dentro de los términos que establecen los artículos 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

No obstante, quizás sería conveniente hacer una seria reflexión sobre quiénes pueden resultar beneficiarios últimos de las conductas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual, a través del uso que de las nuevas tecnologías se haga por los consumidores o usuarios de las mismas. La reacción adecuada y eficaz en la lucha contra las conductas infractoras de los derechos de los titulares, deberá hacerse abriendo nuevas vías que supongan una respuesta ágil y efectiva frente a los continuos e imparables avances tecnológicos, teniendo en cuenta que la expansión continua del Derecho penal en esta materia, criminalizando todo comportamiento que infrinja formalmente los derechos de autor, así como a un amplio sector de la sociedad que utiliza los avances tecnológicos para acceder a las obras protegidas, no sólo es contraria al principio de intervención mínima, que rige en derecho penal, sino que además resultaría de dudosa operatividad para la protección de los derechos.

En todo este marco de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, resulta necesario coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras que utilizan dichas tecnologías, con los derechos de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, excluyendo del ámbito penal las conductas que si bien lesionan formalmente los derechos reconocidos a los titulares en la legislación específica sobre la materia, dicha lesión resulta ser de menor entidad, reservando la protección penal de los derechos de propiedad intelectual a los supuestos de infracción más grave de los mismos, a los efectos de evitar un solapamiento de los ámbitos civil y penal de protección. La superposición se produce al tener que integrar los elementos normativos de la conducta delictiva con la legislación específica de carácter civil, y además se ve acentuada tras la Ley Orgánica 15/2003, dado que la persecución de las conductas delictivas tiene carácter público.

En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio. (En este sentido en las SSTS Sala 2 1578/2002, de 2 de octubre, y 876/2001, de 19 de mayo, en las que el TS se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial).

En apoyo de la anterior interpretación, debe señalarse que en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3 la consideración por los Estados Miembros como delito de «todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial...». Este criterio a su vez es tomado del artículo 61 del Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual, firmado el 15 de abril de 1994, por todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio. Por otro lado, si tenemos en cuenta que en el marco del derecho comunitario con el que debe estar armonizado nuestra legislación interna, la materia de derechos de propiedad intelectual e industrial tiene un tratamiento unitario y uniforme, no parece responder a un régimen de protección penal equivalente, el que se exija que tratándose de derechos de propiedad intelectual el elemento subjetivo del ánimo de lucro, pueda ser integrado por cualquier tipo de ventaja o beneficio particular, y en el caso de derechos contra la propiedad industrial, el elemento subjetivo sea exclusivamente el de un de lucro comercial o industrial.

Por lo anterior, hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de «colocar en la Red o bajar de Internet» o las de intercambio de archivos través del sistema «P2P», sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial.

A los efectos de una adecuada valoración sobre la concurrencia del ánimo de lucro comercial los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren en cada caso practicando o interesando, si resultara necesario, las oportunas diligencias de investigación que permitan determinar la existencia o inexistencia de dicho elemento subjetivo.

En relación con la responsabilidad de los proveedores de servicios, hemos indicado la conveniencia de valorar si la exención de responsabilidad que se establece en la Ley 34/2002, en los supuestos en que actúan como intermediarios de la transmisión de información, el almacenamiento de datos o el enlace a contenidos proporcionados por los usuarios de los servicios que ellos prestan, debe ser objeto de revisión. En este sentido podemos encontrar la apertura de un nivel mayor de exigencia en la actuación de los proveedores de servicios en los dos Proyectos de Ley actualmente en tramitación parlamentaria, tanto el de modificación del Texto Refundido de

la LPI, como el relativo a la ampliación de los medios de tutela de la propiedad intelectual, en ambos se viene a establecer la posibilidad de adopción de medidas contra los proveedores de servicios cuando realicen actividades de intermediación aunque no sea a ellos imputable la conducta infractora. En el Proyecto de Ley relativo a la ampliación de los medios de tutela que modifica también el Texto Refundido de la LPI, se contempla como medida de cesación de la acción ilícita en el artículo 139.1.g) «la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico»; igualmente previene la posibilidad de adoptar como medida cautelar urgente la prevista en el artículo 141.6 contra los intermediarios a cuyo servicio se recurra. El Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido incorpora al artículo 141 relativo a las medidas cautelares urgentes de protección un número 6 que contempla esa suspensión de los servicios de los proveedores utilizados por terceros para infringir los derechos de propiedad intelectual.

III.3 Novedades que introduce la Ley Orgánica 15/2003 en los tipos agravados

El artículo 271 establece:

«Se impondrá la pena de uno a cuatro años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.»

La Ley Orgánica 15/2003 ha concretado con respecto a la redacción de la Ley Orgánica 10/1995, en el apartado b) del artículo 271, los hechos que revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

Se incorporan además nuevos supuestos de agravación en los apartados c) y d) respectivamente, pues se incluye como supuesto de agravación el que el culpable pertenezca a una organización o asociación incluso de carácter transitorio, y la utilización de menores de dieciocho años. El supuesto de agravación por intervención de una organización o asociación ilícita, no hace sino recoger la experiencia real de la incorporación de la delincuencia organizada a este tipo de delitos, habiendo visto en ellos las organizaciones criminales una vía fácil y poco costosa, desde el punto de vista de las consecuencias penales, para su financiación, y la de sus actividades delictivas. Como ya hemos señalado al tratar dentro de las cuestiones de carácter general, las principales novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 en la regulación de carácter procesal de estos delitos, se han incorporado por la misma al catálogo de actividades delictivas realizadas por delincuencia organizada del artículo 282 bis de la LECrim que permiten la utilización de la técnica de investigación del agente encubierto, las de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Es de destacar, que la Ley Orgánica 15/2003 ha suprimido en el artículo 271 la anterior referencia a la posibilidad de que el Juez o Tribunal decreta el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, dada la posible contradicción que podía plantearse con la norma contemplada en el párrafo 2º del artículo 288 que prevé que el Juez o Tribunal pueda aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129; este último contempla además de la medida de cierre temporal o definitivo del establecimiento o industria, otro tipo de medidas, por lo que carecía de sentido la previsión que hacía el anterior artículo 271 para supuestos agravados de acordar la medida de cierre temporal o definitivo.

IV. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

A diferencia de los delitos contra la propiedad intelectual, la regulación de los delitos contra la propiedad industrial no experimentó ningún cambio tras la Ley Orgánica 6/1987, que sólo afectó a los primeros en correspondencia con reforma sustancial que en el ámbito jurídico privado supuso la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual. Hasta la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, estos delitos siguieron respondiendo a la deficiente técnica de norma penal en blanco, puesto que el artículo artículo 534 del Código Penal de 1973 sancionaba dentro del capítulo dedicado a las defraudaciones del título XIII al «que infringiera intencionadamente los derechos de propiedad industrial con pena de arresto mayor y multa», por lo que era necesario acudir a la regulación jurídico privada específica sobre la materia (Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929 y la Ley sobre Patentes y Modelos de Utilidad de 20 de marzo de 1986), para poder integrar el tipo penal con las conductas que infringían los derechos de propiedad industrial.

La propiedad industrial, al igual que la propiedad intelectual, es una de las materias cuya regulación jurídica ha sufrido un intenso proceso de internacionalización, sobre todo en el ámbito comunitario, en el que se puede comprobar un imparable proceso de armonización e integración de la normativa reguladora de la protección de estos derechos, presupuesto ineludible para poder conciliar la existencia un de mercado único, regido por los principios de libre competencia, y libre circulación de bienes, productos y servicios, con los derechos nacionales reguladores de la propiedad industrial.

En esta línea de armonización e integración en el ámbito comunitario de la normativa sobre propiedad industrial merece resaltar: la Directiva 89/104 CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 88, sobre armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, y el Reglamento 40/1994 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria; estas normas comunitarias fueron posteriormente incorporadas por nuestro legislador a la regulación interna de los dos tipos básicos de derechos de Propiedad Industrial, constituida por la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (reguladora de las invenciones o creaciones industriales), y por la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre, (reguladora de los signos distintivos de los comerciantes y fabricantes).

El legislador de la reforma operada en el Código Penal por la Ley 10/1995, también tuvo presente este fenómeno de armonización e integración comunitaria de los derechos de propiedad industrial, que se traduce en el importante cambio que se da a la represión penal de las conductas infractoras de estos derechos, no sólo por que se pasa de la técnica de norma penal en blanco, sin tipificación de las conductas, a una

de descripción prolija y exhaustiva de las conductas típicas sancionadas penalmente, que reproduce casi en su totalidad las conductas infractoras contempladas en la legislación específica de carácter civil, sino también porque desde el punto de vista sistemático y de consideración del bien jurídico protegido se incorporan estos delitos al capítulo XI del título XIII relativo a los Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico bajo la rúbrica de: «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y los consumidores»; lo que implica según una parte de la doctrina el reconocimiento de que la protección de estos derechos tiene un carácter que trasciende el interés individual de su titular, y que debe conectarse con los intereses del mercado y los consumidores.

Como ya hemos dicho en la introducción, no se abordó la elaboración de una Circular sobre los delitos contra la propiedad industrial tras la importante reforma que supuso en esta materia la Ley Orgánica 10/1995, paralela a la que representó la Ley Orgánica 6/1987, respecto de los derechos de propiedad intelectual. Es por ello que consideramos oportuno aprovechar la presente Circular, para hacer un desarrollo más amplio de los tipos delictivos contra la propiedad industrial, y no exclusivamente ceñido al análisis de los problemas interpretativos que se derivan de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003.

IV.1 El bien jurídico protegido

La cuestión relativa a la determinación del bien jurídico protegido por los delitos contra la propiedad industrial, en especial con relación a los signos distintivos, es una de las materias que suscita mayor debate a nivel doctrinal y jurisprudencial, siendo además su relevancia notoria, puesto que la determinación del bien jurídico protegido, incide directamente en la delimitación de las conductas vulneradoras de los derechos de propiedad industrial con relevancia penal.

El debate doctrinal sobre la cuestión del bien jurídico aparece ligado a la evolución de la regulación de los tipos delictivos contra la propiedad industrial en el Código Penal, y se centra en la consideración de que estos delitos tienen como bien jurídico protegido, un derecho de naturaleza estrictamente patrimonial e individual, o bien en la consideración de que se trata de delitos, cuyo bien jurídico protegido trasciende el interés particular del titular del derecho, y trata de proteger bienes jurídicos supraindividuales.

La consideración de que los delitos contra la propiedad industrial tienen como bien jurídico protegido un derecho de naturaleza subjetiva y patrimonial, se asienta en la configuración de los derechos de propiedad industrial por la legislación específica reguladora de los mismos, como derechos exclusivos a la explotación o utilización, tanto de los signos distintivos, como de las invenciones patentables. Este criterio quedaba avalado además, antes de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, por la ubicación sistemática de estos delitos, incluidos en el título XIII, de «Delitos contra la propiedad», y además dentro del capítulo IV dedicado a las defraudaciones.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, el legislador introduce una importante novedad al consagrar el título XIII del Código Penal a los «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», incluyendo a los delitos contra la propiedad industrial en el capítulo XI con la denominación «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, contra el mercado y los consumidores». Este cambio legislativo es considerado por algunos autores, como manifestación expresa de que el bien jurídico que ha querido proteger el legislador a través de estos tipos delictivos

es de carácter supraindividual, y vinculado a la protección del orden socioeconómico, representado por un modelo de economía social de mercado que garantiza la libre competencia y los intereses de todos los que intervienen en el mercado incluidos los consumidores.

Para otro sector de la doctrina, en la configuración penal de este tipo de ilícitos penales, es posible apreciar un doble fin tuitivo pues se trata de proteger, no sólo el interés particular e individual de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés del Estado en el mantenimiento de un régimen de libre competencia debidamente saneado, como garantía de protección del orden socioeconómico. Sin embargo, se hace necesario distinguir en esa doble función de protección entre la finalidad directa del tipo delictivo, que es la tutela del interés particular del titular del derecho de exclusiva, como auténtico bien jurídico protegido y la finalidad última o indirecta, que es la protección de los intereses de los consumidores, y el fortalecimiento de las reglas que rigen la actividad mercantil e industrial, especialmente las que desarrollan el principio de libre competencia, contribuyendo así al buen funcionamiento del mercado. Conforme a este criterio doctrinal, estamos en presencia de delitos con bienes jurídicos intermedios o espiritualizados, delitos de naturaleza mixta, patrimonial y socio-económica, que se ubican entre los intereses del Estado y los intereses del agente económico individual así como de los consumidores.

En esa misma línea, otros autores ponen de manifiesto que el hecho de que los delitos contra la propiedad industrial se ubiquen en el mismo capítulo, pero en diferente sección que los delitos relativos al mercado y los consumidores, no debe pasar desapercibido en la determinación del bien jurídico protegido, considerando que el tratamiento autónomo de estos delitos en una sección diferente implica la necesidad de abogar por una necesaria delimitación del objeto jurídico de tutela con respecto al más genérico del mercado o los consumidores. Para este sector doctrinal el hecho de que un bien jurídico de titularidad individual posea una trascendencia económica que sobrepasa los intereses individuales del afectado, no debe ser considerado como algo excepcional, sino como la necesidad de que el operador jurídico no olvide la connotación social o colectiva del bien jurídico protegido.

En definitiva, para un sector mayoritario de la doctrina el bien jurídico protegido debe identificarse con el derecho de uso o explotación exclusiva de los objetos amparados por un título de propiedad industrial previamente inscrito en la Oficina española de Patentes y Marcas. Lo penalmente relevante, por tanto, será el ataque a la exclusividad de que goza el titular o cesionario de los derechos, aunque ello sin duda, fortalecerá las normas de libre competencia y acrecentará la defensa de los intereses específicos de consumidores y usuarios, pero una cosa son las consecuencias más o menos deseables de la tipificación penal y otra distinta el objeto jurídico de tutela que tiene esa tipificación.

En apoyo de la tesis de que el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial, y en particular en los relativos a los signos distintivos, es esencialmente el derecho exclusivo del propietario industrial, sin que sea necesario para que se dé el desvalor penal de la conducta, que se produzca la lesión efectiva o potencial de los intereses del consumidor, como consecuencia de la aptitud del signo usurpado para la confusión, algún autor señala que la prueba más clara de que el bien jurídico protegido es sólo el derecho exclusivo del titular, está en que tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, el legislador sanciona en el artículo 274.1 la importación sin consentimiento del titular registral de productos de origen lícito, lo que supone la ausencia de riesgo de confusión para el consumidor.

Desde un punto de vista estrictamente de Derecho positivo, debe decirse a favor de considerar que el bien jurídico directamente protegido es el derecho exclusivo del titular registral, el que el propio Código cuando sanciona en el artículo 274.2 las conductas de mera posesión para comercialización de los productos que llevan incorporados los signos distintivos fraudulentos, señala expresamente, que se trate de signos que de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos.

En la jurisprudencia se observa también la falta de un criterio uniforme en relación con la cuestión del bien jurídico protegido, debiéndose además tener en cuenta que dada la pena señalada a estos delitos, son escasos los supuestos de pronunciamientos del Tribunal Supremo que contribuyan a establecer una unificación de doctrina. Es por tanto posible encontrar sentencias que consideran que estamos ante delitos pluriofensivos, con un bien jurídico dual, en cuanto requieren para la relevancia penal de los hechos, que los signos distintivos usurpados tengan aptitud para inducir a error o equivocación al consumidor (SSTS de la Sala Segunda de 22 de enero de 1988, 9 de junio y 8 de noviembre de 1989, 2 de febrero de 1990, 6 de mayo de 1992, entre otras). Por otro lado, se suele señalar por la doctrina partidaria de considerar el derecho exclusivo del titular como único bien jurídico protegido a los efectos de la relevancia penal de las conductas infractoras, en apoyo de esta tesis la existencia de otras sentencias del Tribunal Supremo y en particular, las SSTS de la Sala Segunda 773/1998, de 2 de junio de 1998, y la 1479/2000, de 22 de septiembre de 2000.

Sin embargo, en las dos últimas sentencias citadas, no se aborda directamente el problema del bien jurídico protegido, sino que en la sentencia de 2 de junio de 1998 se resuelve la cuestión de si la marca notoria está comprendida en el ámbito de protección del artículo 274 en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, al no ser necesaria la inscripción registral para obtener protección en el ámbito civil, y la sentencia de 22 de septiembre de 2000, decide sobre la cuestión de si es típica la conducta del que sin haber reproducido o imitado la marca legítima comercializa productos que llevan la marca usurpada. Las dos sentencias consideran como *obiter dicta* que, conforme a la descripción típica del artículo 274 1 y 2 basta la mera reproducción, imitación, utilización de los signos distintivos registrados, o la mera posesión o comercialización de productos que incorporen una marca, con vulneración del derecho exclusivo del titular registral, para que la conducta sea típica; no existe en las dos sentencias un pronunciamiento expreso acerca de que no sea necesaria la concurrencia en los signos distintivos usurpados del requisito de confundibilidad, que expresa y directamente alude al artículo 274.1 e indirectamente y por remisión el artículo 274.2.

En el marco de la jurisprudencia más abundante elaborada por las Audiencias Provinciales, existe una tendencia actual a considerar que el llamado «juicio de confundibilidad» debe ponerse en relación con la aptitud de los signos distintivos usurpados para confundir al consumidor, teniendo en cuenta no sólo la aptitud objetiva del signo usurpado para confundir sobre la procedencia u origen del producto, sino las circunstancias en que se produce la comercialización del producto. En este sentido cabe mencionar la SAP Barcelona, Sección 5ª, de 26 de febrero de 2004, o la SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 2 de julio de 2004. Este criterio, por tanto, está en la línea de considerar que el bien jurídico protegido tiene un carácter supraindividual, que va más allá de una infracción formal del derecho de exclusividad del titular.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, el problema del bien jurídico protegido por los delitos contra la propiedad industrial, debe abordarse desde la inelu-

dible consideración de las conductas que el legislador ha tipificado como delictivas en el artículo 274, y la necesidad de dotar a las mismas de un plus de antijuridicidad respecto de los ilícitos civiles, que justifique la intervención de la represión penal.

El artículo 274.1 sanciona:

«al que con fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado.»

El artículo 274.2 sanciona con las mismas penas:

«al que a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero.»

El tipo penal incorpora expresamente en la descripción de la conducta antijurídica el requisito de confundibilidad, sin duda, porque la función esencial y característica del signo distintivo, y en particular de las marcas, es identificar el origen o procedencia empresarial del producto o servicio al que está incorporado el signo distintivo. Cuando la usurpación del signo impide u obstaculiza el que la marca cumpla su función característica de identificar el origen o procedencia empresarial del producto, dando lugar a que el infractor se aproveche del prestigio y posición de una marca en el mercado, se produce la quiebra de la libre competencia y se lesiona indirectamente a la vez el interés de los consumidores en poder conocer la real procedencia empresarial del producto o servicio, y con ello su calidad.

La incorporación del requisito o juicio de confundibilidad en la descripción de la conducta penalmente antijurídica, se corresponde con la descripción que hace la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, del contenido del derecho, en su aspecto negativo en el artículo 34.2 de la misma:

«El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada. b) Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca, y por ser idénticos o similares los productos o servicios, implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.»

Esta descripción del contenido del derecho de marcas en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, se corresponde con la normativa comunitaria, y en concreto con el artículo 5.1 de la Directiva 89/104, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas que establece:

«el titular podrá prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento en el tráfico económico de: a) cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada; b) cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca, y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, impliquen por parte del público un riesgo de confusión que comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca.»

En el Considerando Décimo de la Exposición de Motivos de la Directiva 89/104 se expresa:

«la protección conferida por la marca registrada es absoluta en caso de identidad entre la marca y el signo y entre los productos o servicios.»

Por otro lado, el Reglamento 40/1994 sobre la marca comunitaria, reproduce en el artículo 9 los términos de la Directiva, en cuanto al contenido del derecho del titular de la marca.

Como señala algún sector doctrinal, en el supuesto de identidad de signos y de productos o servicios, del artículo 5.1.a) de la Directiva 89/104, la normativa comunitaria otorga una protección absoluta al titular registral, sin que se exija riesgo de confusión del público; además, en el supuesto de marcas renombradas, la Directiva en el artículo 5.2, extiende la protección a los supuestos de uso no autorizado de signos idénticos o similares a la marca aunque no sean idénticos o similares los productos.

La figura del juicio de confusión debe ser contemplada sólo respecto de los supuestos de utilización no autorizada de signos idénticos o similares a la marca, y respecto de productos idénticos o similares a los designados por la marca registrada, conforme a lo previsto en el artículo 5.1.b) de la Directiva, pues a partir de la misma el concepto de marcas similares que pueden conducir a confusión es un concepto de Derecho comunitario, y los tribunales nacionales deberán tener en cuenta en la interpretación de las normas internas que suponen una transposición de la Directiva, la interpretación que de la misma ha venido haciendo el Tribunal de Justicia Comunitario.

La doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, Europea, parte de la delimitación del objeto específico del derecho de marcas como:

«el de garantizar al titular el derecho exclusivo de utilizar la marca con ocasión de la primera comercialización de un producto y protegerlo así de los competidores que quieran abusar de la posición y de la reputación de la marca vendiendo productos indebidamente provistos de esta marca.»

En la delimitación de ese objeto específico, se han tenido presentes las dos funciones estrechamente vinculadas que la marca debe cumplir, que son las de identificar el origen y procedencia empresarial de los productos y la de garantía de calidad; en este sentido el TJCE ha señalado que la marca:

«debe constituir la garantía de que todos los productos designados con la misma han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad» (Sentencia caso «Hag II», de 17 de octubre de 1990, caso C-10/1989).

Éste es también el criterio establecido por la sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 2002, caso C-206/2001 «Arsenal Football Club», en la cual se establece el alcance del derecho exclusivo del titular de la marca reconocido en el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/14/CEE. El TJCE resuelve en esta sentencia la cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England and Wales) en el marco de un litigio entre el Club de Fútbol Arsenal y un tercero por la venta por este último de bufandas con la marca «Arsenal» registrada por este Club para ese tipo de productos. En el caso planteado se cuestionaba si el demandado había utilizado el signo distintivo «Arsenal» en cuanto marca, para identificar el origen o procedencia empresarial del producto al que se incorporó el signo, y por

tanto, si el titular registral podía ejercitar su derecho exclusivo conforme al artículo 5.1 de la Directiva 89/104.

El TJCE declaró:

«(...) Una vez se ha comprobado que en el asunto objeto del procedimiento principal el uso del signo de que se trata por el tercero puede afectar a la garantía de procedencia del producto y que el titular de la marca debe poder oponerse a dicho uso, esta conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que, en el marco de dicho uso, la marca se perciba como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación al titular de la marca.»

«(...) procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente que, en una situación en la que no es aplicable el artículo 6, apartado 1 de la Directiva y en la que un tercero utiliza en el tráfico económico un signo idéntico a una marca válidamente registrada en productos idénticos a aquéllos para los que está registrada, el titular de la marca puede, en un caso como el que es objeto del procedimiento principal, oponerse a este uso con arreglo al artículo 5, apartado 1, letra a) de dicha Directiva. Esta conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que en el marco de dicho uso, el citado signo se perciba como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación al titular de la marca.»

La doctrina que el TJCE ha ido fijando acerca del «riesgo de confusión» puede resumirse en los siguientes criterios:

«en relación con las marcas que no gozan de renombre el riesgo de confusión, tal y como es definido en el derecho comunitario, es aplicable si existe el riesgo de que el público pueda creer que los productos o servicios proceden de la misma empresa o de empresas vinculadas económicamente; la existencia de dicho riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, en particular, la similitud entre las marcas confrontadas y la semejanza entre los productos o servicios que distinguen las cualidades intrínsecas de la marca, su uso y la cuota de mercado que ostentan. El TJCE entiende que es un criterio relevante para apreciar el riesgo de confusión, la percepción que el consumidor medio tiene de las marcas que estén en cuestión; asimismo considera que el riesgo de confusión es directamente proporcional al carácter distintivo de la marca, en este sentido cuanto mayor sea el prestigio de una marca, mayor debe ser el nivel de protección que ese signo merece obtener de los tribunales.»

Con respecto a la cuestión del valor que pueden tener en la realización del juicio sobre el riesgo de confusión, la concurrencia de factores secundarios de diferenciación, ajenos a la similitud de los signos distintivos y de los productos a los que se encuentran incorporados, tales como la forma de presentación del producto, el lugar de venta o la diferencia de calidad o precio (los cuales han sido considerados como decisivos en distintas sentencias de nuestros tribunales), debe tenerse en cuenta por los Sres. y Sras Fiscales, que esos factores no podrán tener ninguna relevancia en los supuestos de marcas renombradas, ni en los de marcas normales cuando se trata del supuesto de identidad de los signos y de los productos, dada la protección total que en estos casos dispensa la normativa comunitaria, como acabamos de exponer. En los supuestos de marcas no renombradas y de no identidad de signos y productos, la admisión de que pueda otorgarse a esos factores accesorios alguna relevancia en la realización del juicio de confusión, dependerá del grado de semejanza o desemejanza entre los signos y productos, teniendo siempre en consideración que la vulneración del derecho del titular legítimo, se producirá si la marca no cumple su función de diferenciación del origen empresarial de la misma y de control de garantía de calidad del producto sobre el que se incorpora, lesionando el principio de libre y leal concurrencia en el mercado.

La valoración que se hace por parte de algunas sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales en la determinación de las conductas penalmente relevantes

de factores secundarios, como la diferente presentación de los productos, los distintos lugares de venta, o la diferencia de precio y calidad, no puede considerarse justificada en base al criterio de que en el ámbito de protección penal, regido por el principio de intervención mínima, sea necesario incorporar criterios de protección más estrictos que en el ámbito de protección civil de los derechos de propiedad industrial por las siguientes razones:

En primer lugar, porque ese criterio se opone en el presente caso, al de respeto al principio de legalidad y tipicidad, puesto que el artículo 274, que actualmente no es una norma penal en blanco, no ha recogido como elemento típico el que se produzca un efectivo error en el consumidor con el consiguiente perjuicio del mismo, lo cual sí ha hecho expresamente en los delitos de la sección tercera, artículos 282 y 283. En segundo lugar, porque la consideración del derecho exclusivo del titular registral, como bien jurídico directamente protegido por el tipo penal se confirma en cuanto que el requisito de error efectivo del consumidor, no se incorpora por el legislador deliberadamente a estos delitos, que ha integrado en una sección independiente a la de los delitos contra los consumidores, siendo el interés del consumidor sólo un fin indirecto o mediato en la sanción penal de las conductas, cuya lesión no debe necesariamente concurrir para estimar cometido el delito.

El principio de intervención mínima del derecho penal es un factor de selección para el legislador, pero no para el intérprete que no puede prescindir de las conductas que el legislador expresamente ha decidido sancionar. El criterio que el legislador ha tenido en cuenta, para delimitar el ámbito de protección penal, es el de que las conductas lesivas se realicen con fines comerciales y sean intencionales. La concurrencia de los elementos típicos de fines comerciales e intencionalidad de las conductas, se corresponde por otra parte con las exigencias que a nivel comunitario se recogen en el artículo 3 de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para el aseguramiento del respeto de los derechos de propiedad intelectual, la cual viene a completar la protección que a nivel civil se dispensa en la Directiva 2004/48 CE, de 29 de abril. El citado artículo 3 establece que:

«los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial sean consideradas como infracciones penales.»

El análisis de las conductas penalmente sancionadas como vulneración de los derechos de propiedad industrial requiere hacer una distinción entre las creaciones o invenciones con proyección industrial o artística, tipificadas en el artículo 273 y los signos distintivos que se tipifican en el artículo 274; en ambos supuestos, la determinación de la conducta típica requerirá acudir a la legislación específica de carácter civil, puesto que como ya dijimos anteriormente los tipos penales incorporan numerosos elementos normativos.

IV.2 Las creaciones con proyección industrial o artística

Debemos incluir aquí, de un lado, las patentes y modelos de utilidad y, por otro lado, los modelos y dibujos industriales o artísticos.

El artículo 273.1 se refiere a las patentes y modelos de utilidad sancionando:

«al que con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos.»

En el artículo 273.2 se sanciona:

«al que de igual manera y para los citados fines utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el mercado o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado.»

En el artículo 273.3 se sanciona:

«al que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo, concurriendo iguales circunstancias en relación con los objetos amparados a favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semi-conductor.»

IV.2.A) PATENTES Y MODELOS DE UTILIDAD

La regulación de las patentes y modelos de utilidad se encuentra en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y Modelos de Utilidad (en adelante LPMU). El concepto de patente, como objeto material del delito lo podemos deducir del artículo 4 de la LPMU que señala que son patentables:

«las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial aun cuando tengan por objeto un producto que esté compuesto o que tenga materia biológica, o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice materia biológica.»

Por tanto, es requisito que la invención sea nueva, lo que conforme al artículo 6 de la LPMU, implica que no esté comprendida en el estado de la técnica, en el sentido de todo lo que antes de la solicitud de la patente se haya hecho accesible al público a nivel nacional e internacional; se restringen aún mas las posibilidades de que la invención sea patentable porque en el artículo 8 se entiende que la actividad inventiva se predica de una invención si la invención nueva no se desprende de manera evidente para un experto en la materia del estado de la técnica; por último, la aplicación industrial de la invención se deduce cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola (art. 9 de la LPMU).

La patente nacional se concede por la Oficina Española de Patentes y Marcas, tras un procedimiento en el que se comprueba de oficio si el objeto de la solicitud reúne los requisitos de patentabilidad exigidos por la Ley. La solicitud de patente se publica en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial y posteriormente también se publica la concesión de la patente solicitada, la cual tiene una duración de veinte años improrrogables desde la presentación de la solicitud (art. 49 de la LPMU).

Por lo que respecta a los modelos de utilidad conforme al artículo 143 de la LPMU, podrán obtener certificado de protección:

«aquellas invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación.»

Los requisitos para el registro de un modelo de utilidad son, sin embargo, menos rígidos que en el caso de la patente, así el estado de la técnica conforme al cual debe

juzgarse la novedad y actividad inventiva, se refiere sólo a la información divulgada a nivel nacional y al contenido de las solicitudes españolas de modelos de utilidad publicadas con anterioridad, aunque para la evaluación de la actividad inventiva se estará pendiente al igual que en la patente al criterio de que la invención no debe estar incluida en el estado de la técnica de manera muy evidente para un experto en la materia (arts. 145 y 146 de la LPMU).

A diferencia de lo que ocurre en las patentes, la Oficina Española de Patentes y Marcas no hace examen de oficio de la novedad, ni de la actividad inventiva, sino que sólo verificará si la solicitud reúne los requisitos formales y su objeto es susceptible de protección como modelo de utilidad (art. 148.1). La vigencia de protección del modelo de utilidad es también más breve que la de la patente, pues se concede por un período improrrogable de diez años a contar desde la solicitud no admitiéndose adiciones (art. 152.2).

El ámbito de protección del derecho conferido por la patente y el modelo de utilidad viene determinado por el contenido de ese derecho, que resulta similar en ambos supuestos (arts. 50 y 152 LPMU, respectivamente). Desde un punto de vista positivo, el derecho otorga a su titular una facultad de usar o explotar en exclusiva la invención; en sentido negativo, confiere la facultad de prohibir a los terceros determinadas conductas relacionadas con la invención. Asimismo, debe distinguirse según se trate de una patente sobre un objeto o sobre un procedimiento. En el primer caso el titular podrá prohibir a terceros las conductas de fabricación, ofrecimiento, introducción en el comercio, utilización, importación del objeto de la patente o posesión del mismo para alguno de los anteriores fines [artículo 50.a)]; en el caso de tratarse de patente de procedimiento, el titular podrá prohibir a los terceros, las conductas de ofrecimiento, o utilización del procedimiento, así como la introducción en el comercio, el ofrecimiento o utilización del objeto obtenido a través del procedimiento patentado o su importación o posesión [art. 50, apartados b) y c)].

Del contenido del derecho que establece la LPMU, se desprende que las conductas que el titular del derecho puede prohibir a terceros se corresponden exactamente con las conductas que se sancionan en el artículo 273.1 y 273.2 del Código Penal, únicamente en el caso de patente de procedimiento puede decirse que el ámbito de la protección civil es más amplio, puesto que abarca la importación del producto obtenido directamente a través del procedimiento patentado, y dicha conducta de importación no se incluye expresamente en el artículo 273.2.

A la hora de valorar las conductas típicas, se ha de tener también en cuenta que la realización de la conducta se materializa en la ejecución de iguales o similares objetos a los protegidos por la patente; para poder determinar que se está realmente utilizando una patente ajena, deberá valorarse, con asistencia del dictamen pericial oportuno, el grado de similitud del objeto producido por la patente y el realizado fraudulentamente, para lo cual habrá que estar al «contenido de las reivindicaciones», interpretadas con ayuda de la descripción del invento y de los dibujos de la solicitud que acompañan a la solicitud de la patente. Es en las reivindicaciones donde el inventor determina lo que, a su criterio, constituye su invención y sobre la cual se va a conceder el derecho de exclusividad. (art. 60 de la LPMU).

A propósito de la conducta de importación del objeto de una patente, cabe plantearse si se sanciona o no la importación de objeto lícito e ilícito, puesto que el legislador no hace ninguna mención expresa a la licitud o ilicitud del objeto importado, existiendo también en este caso y conforme al artículo 52.2 de la LPMU en la redacción dada por la Ley 10/2002, de 29 de abril, que incorpora al derecho español la Directiva 98/44 CE del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la protección

jurídica de las invenciones biotecnológicas, el agotamiento comunitario del derecho del titular puesto que dicho precepto dispone:

«los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos relativos a un producto protegido por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea por el titular de la patente o con su consentimiento.»

La solución razonable es considerar que si el legislador no ha hecho aquí ninguna distinción expresa que sí ha hecho en el supuesto de los signos distintivos del artículo 274, no puede hacerse una interpretación extensiva para considerar incluidas las importaciones de objeto lícito. Por otro lado, esta posición se ve reforzada por el hecho de que en la discusión parlamentaria del Proyecto de la Ley Orgánica 15/2003, el Grupo Parlamentario Vasco presentó una enmienda al artículo 274.1, en la que además de proponer que se sancionaran las importaciones paralelas de productos con marcas registradas, consideraba que también debía castigarse esa conducta en el caso de productos protegidos por cualquier otro derecho de propiedad industrial registrado conforme a la normativa vigente, enmienda que en este último punto no fue acogida en el texto definitivo por el legislador.

Para que se produzca la protección penal del derecho de patente o modelo de utilidad es necesario que se dé el requisito típico de la inscripción registral, no siendo penalmente relevantes las conductas antes mencionadas, si no existe dicha inscripción, a diferencia del ámbito civil en el que se otorga una protección provisional desde la publicación de la solicitud de inscripción. Si tras la inscripción se declarase ésta nula por sentencia firme, igualmente devendrían atípicas las conductas realizadas en relación con la patente o modelo de utilidad afectado en cuanto quedarían invalidados con efecto *ex tunc*. Por tanto, deberá tenerse en cuenta por los Sres. y Sras. Fiscales la posibilidad de que se planteen en la tramitación del procedimiento penal cuestiones prejudiciales de carácter contencioso administrativo relativas a la existencia de una demanda de nulidad de la inscripción de una patente, en cuyo supuesto deberá producirse la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución sobre la misma.

En relación con el requisito de que se actúe sin el consentimiento del titular del derecho de patente o modelo de utilidad, debe tenerse en cuenta que la persona que ostenta el derecho de exclusiva que confieren estos derechos de propiedad industrial, y que por tanto, puede dar el consentimiento que excluya la tipicidad penal, puede ser el propio inventor, o sus causahabientes o cesionarios, si existe transmisión del derecho *inter vivos* o *mortis causa*. Para que la transmisión de derechos tenga validez frente a terceros deberá haberse inscrito. No obstante, a efectos penales el consentimiento del titular de la patente a la transmisión del derecho de explotación, excluye la tipicidad de la conducta aunque la transmisión del derecho no cumpla los requisitos establecidos por la LPMU para la válida transmisión con efectos frente a terceros (art. 79 LPMU).

La exigencia de la concurrencia del elemento subjetivo de actuar con fines comerciales o industriales excluye la tipicidad de las conductas realizadas para usos meramente privados. La LPMU excluye también de su ámbito de protección las conductas realizadas en el ámbito privado y con fines no comerciales (art. 52 de la Ley), es por esa identidad del ámbito de protección civil y penal que algunos autores critican la regulación realizada por el legislador en estos delitos, en cuanto no se confiere ninguna autonomía al derecho penal.

A nivel comunitario cabe hacer una referencia a la patente comunitaria; los diferentes sistemas nacionales de patentes fueron armonizados de hecho a través de la

conclusión de diversos instrumentos internacionales, entre los que cabe señalar el Convenio sobre la concesión de Patentes Europeas o Convenio de Munich del año 1973 del que son parte todos los Estados Miembros. En este Convenio se regula un procedimiento único de concesión de patente europea, siendo la Oficina Europea de Patentes la que concede la patente, que inmediatamente se convierte en una patente nacional de acuerdo con los Estados que hayan sido designados, quedando sujeta desde la concesión a las normas nacionales en materia de patentes. La Comisión ha presentado una propuesta de un Reglamento del Consejo de patente comunitaria, documento COM (2000) 412 final, que completará el Convenio de Munich, y que implica que la patente comunitaria será concedida por la Oficina Europea como patente europea en la que se designa el territorio de la Comunidad en vez de cada uno de los Estados miembros; concedida la patente comunitaria se aplicará el Reglamento de la Comunidad. Conforme a la propuesta de Reglamento la patente comunitaria tendrá carácter autónomo y se regirá por el Reglamento y el Derecho Comunitario, sin perjuicio, de la aplicación de los derechos nacionales en materia de responsabilidad penal y competencia desleal. A los efectos de resolución de litigios se ha decidido por los Estados Miembros que serán resueltos por un Tribunal común con sede en Luxemburgo si bien hasta el año 2010, ese Tribunal coexistirá con las instancias nacionales.

IV.2.B) LAS PATENTES SECRETAS

Se ha de hacer referencia en este apartado a la conducta que se sanciona en el artículo 277 del Código Penal:

«Será sancionado con pena de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional.»

Se trata en este caso de un tipo penal en blanco, puesto que la descripción del supuesto de hecho típico debe ser integrada con la delimitación de lo que es contravención de la legislación de patentes, es decir, se cometerá la conducta penalmente antijurídica, cuando la divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente secreta infrinja además los deberes de sigilo impuestos en los artículos 119 y siguientes de la LPMU. Conforme a esos artículos, cuando la patente sea de interés para la defensa nacional y a requerimiento del Ministerio de Defensa, la Oficina Española de Patentes y Marcas decretará la tramitación secreta de la solicitud de la patente. Todas las solicitudes de patentes son objeto de un mandato de secreto sobre su contenido durante un plazo de dos meses desde su presentación prorrogable hasta cinco meses, cuando se estime que la invención puede ser de interés para la defensa nacional y salvo que la Oficina de Patentes autorice su divulgación con anterioridad.

En este supuesto del artículo 277 lo que se protege, no es tanto el derecho de propiedad industrial, sino los intereses de la defensa nacional, de forma que puede cometer el delito el propio titular que vulnera el mandato de secreto, de ahí que se cuestione por la doctrina la ubicación sistemática de este tipo penal, poniéndose también de manifiesto la posible concurrencia de concursos entre este tipo y otros del Código Penal, como el de descubrimiento de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional del artículo 598, si bien en este caso no cabe hablar de la existencia del concurso en cuanto el objeto material del delito del artículo 598 está delimitado a la información legalmente clasificada como reservada o secreta conforme a la Ley de Secretos Oficiales; igualmente pudieran plantearse otras posibilidades de concurso

como la que puede darse con el artículo 601, que sanciona la modalidad imprudente de dar a conocer objetos o información de interés para la defensa nacional que se posean por razón del cargo, comisión o servicio, no obstante, debe estimarse que no es admisible considerar que el artículo 601 pueda venir en aplicación en el caso de divulgación imprudente de la invención objeto de una patente secreta, puesto que el legislador no ha querido sancionar más que la divulgación intencional. Con respecto a la posibilidad de apreciación de concurso entre el delito del artículo 277 y el de revelación por funcionario público de secretos o informaciones de los que conozca por razón de su cargo del artículo 417 deberá resolverse en función del principio de especialidad, en favor de la aplicación del tipo del artículo 277.

Es necesario señalar que la Ley Orgánica 15/2003 no introdujo en los supuestos contemplados en el artículo 273 del Código Penal que acabamos de examinar otra modificación que la relativa a la elevación de la pena de multa con la que se sancionan las conductas tipificadas; por lo que se refiere a la conducta sancionada en el artículo 277 se mantiene exactamente la redacción de la Ley Orgánica 10/1995, incluso en lo relativo a la cuantía pena.

IV.2.C) LOS MODELOS Y DIBUJOS INDUSTRIALES O ARTÍSTICOS Y LAS TOPOGRAFÍAS DE PRODUCTOS SEMICONDUCTORES

El artículo 273.3 extiende el objeto de protección penal a otros derechos de propiedad industrial que son los modelos y dibujos industriales y artísticos y las topografías de productos semiconductores.

La regulación nacional específica de los modelos y dibujos industriales y de los dibujos artísticos se encontraba hasta hace poco en el Estatuto de la Propiedad Industrial, de 26 de julio de 1929, sin embargo la nueva Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (en adelante LDI), deroga expresamente los artículos del Estatuto que permanecían en vigor relativos a los modelos y dibujos industriales y artísticos.

La nueva Ley nacional cuya plena entrada en vigor se ha producido el 9 de julio de 2004, ha sustituido la terminología de modelo y dibujo industrial por la de «diseño industrial»; esa equivalencia es mencionada expresamente en la Exposición de Motivos de la LDI y además se confirma si se tiene en cuenta que la definición de diseño que establece esta Ley en su artículo 1.2 es igual que la que aparece en la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos. La LDI define el diseño y la Directiva los modelos y/o dibujos como «la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se deriva de las características y en particular, de las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación».

Conforme a esta definición el dibujo o modelo es la apariencia externa de un producto industrial o artesanal o de su embalaje, si bien quedan excluidos los productos informáticos [art. 1.2.b) de la LDI], así como los productos semiconductores que tienen una regulación específica. La distinción tradicional entre el dibujo y el modelo radica en que el dibujo es bidimensional y el modelo tridimensional.

En cuanto al ámbito de protección, como señala la Exposición de Motivos de la LDI, el objeto de protección del diseño es ante todo:

«el valor añadido por el diseño del producto, desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico o de su originalidad.»

La protección de este derecho de propiedad industrial exige la inscripción registral, que se efectuará en la Oficina Española de Patentes y Marcas y que supone un derecho exclusivo de titular del registro para su utilización, con la consiguiente facultad de prohibición a terceros sin su consentimiento.

En cuanto a las conductas típicas la Ley Orgánica 10/1995, equiparó respecto a los modelos y dibujos industriales y artísticos, las conductas típicas con las que se describen en el caso de infracción del derecho de patente en artículo 273.1.

También puede protegerse un diseño industrial sobre modelos y dibujos comunitarios en territorio español, por aplicación de lo dispuesto en el ámbito de la Unión Europea por el Reglamento CE núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre modelos y dibujos comunitarios (en adelante RDMC), los cuales conviven con los modelos y dibujos protegidos a nivel nacional en los Estados Miembros por sus respectivas leyes nacionales, sin embargo, debe destacarse que conforme al RDMC hay dos modalidades de protección comunitaria, el dibujo o modelo comunitario registrado y el modelo o dibujo comunitario no registrado, para la protección del registrado debe presentarse la correspondiente solicitud ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), con sede en Alicante, y es el único que puede ser objeto de protección penal, dado que el artículo 273.3 del Código Penal exige la inscripción como elemento típico por remisión al artículo 273.1.

En cuanto a la topografía de productos semiconductores, debe decirse que su regulación se encuentra en la Ley 11/1988, de 3 de mayo, para la Protección Jurídica de los Productos Semiconductores, que se promulgó en cumplimiento de la Directiva 87/54 CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre protección jurídica de la topografías de los productos semiconductores, y que otorga a estos una protección similar a la de las patentes.

El objeto de protección no es el producto semiconductor en sí mismo considerado sino «la topografía», es decir, el diseño de la estructura y disposición de los diversos elementos y capas que componen un circuito electrónico integrado ya que de dicha estructura y de la disposición de los denominados *chips* depende la funcionalidad del circuito. La razón de la protección está en que el diseño del circuito es difícil y costoso, pero su reproducción no tiene ningún problema (art. 1.2 de la Ley 11/1988).

En cuanto a la oportunidad de su protección penal, el legislador del Código Penal de 1995, consideró que las topografías de productos semiconductores reunían las mismas características de naturaleza esencial y merecimiento de protección penal que los demás derechos de propiedad industrial tradicionales u originarios e incorporó el mismo al artículo 273.3, con el mismo régimen que las patentes y los modelos y dibujos industriales.

IV.3 Los signos distintivos

El otro gran grupo de derechos de propiedad industrial está representado por los signos distintivos, que son los derechos de propiedad industrial más característicos de la actividad empresarial y, sin duda, los de mayor relevancia económica para la misma.

La tipificación de la vulneración de estos derechos de propiedad industrial se contempla en el artículo 274 1 y 2 cuya redacción tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 es la siguiente:

Artículo 274.1:

«Será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular de un derecho registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento de su registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tiene un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho estado o con su consentimiento.»

Artículo 274.2:

«Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero.»

Los signos distintivos que son objeto de protección penal son las marcas y los nombres comerciales, puesto que el rotulo de establecimiento ha dejado en la regulación actual de estos derechos de tener carácter registral.

A nivel nacional la regulación específica de estos derechos la encontramos en la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, (en adelante LM); la vigente Ley de Marcas que sustituye a la Ley 32/1988, ha venido a tratar de incorporar a nuestro derecho las normas de carácter comunitario e internacional que obligan a España; fundamentalmente se trataba de adaptar nuestra legislación a lo dispuesto en la Directiva del Consejo 89/104 CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de Marcas.

Además de las marcas y nombres comerciales nacionales, es también necesario referirse a la marca comunitaria que se crea en virtud del Reglamento del Consejo 40/94, de 20 de diciembre, de Marca comunitaria (en adelante RMC), y que supone la creación de un signo distintivo con efecto en todo el territorio de la Unión Europea; la marca comunitaria y la nacional producen iguales efectos en España, aunque que se rijan por normativas distintas.

Los signos distintivos registrados conforme a la legislación de marcas (marca y nombre comercial), otorgan a su titular un medio para identificar en su actividad empresarial o comercial las mercancías o los servicios que pone en circulación u oferta, así como a la propia empresa que representan. Como ya hemos anteriormente señalado el legislador penal abandonó con la Ley Orgánica 10/1995, la técnica de la norma penal en blanco, describiendo exactamente las conductas sancionables, sin embargo, existen importantes elementos normativos que deben ser integrados acudiendo a la legislación específica reguladora de los signos distintivos y, en concreto, a la Ley de Marcas.

El objeto material de protección son las marcas y el nombre comercial; el concepto de estos signos distintivos lo encontramos respectivamente en los artículos 4 y 87 de la Ley 17/2001.

Conforme al artículo 4:

«Se entiende por marca todo signo distintivo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.»

Conforme al artículo 87:

«Se entiende por nombre comercial todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares.»

Es posible distinguir en la regulación de las marcas diferentes clases de las mismas:

En función de su titular la marca puede ser individual o colectiva, siendo estas últimas las registradas por asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios para diferenciar los productos o servicios de sus miembros, de los productos o servicios de los que no forman parte de dicha asociación (art. 62 LM); en relación con este tipo de marcas existe una importante excepción al *ius prohibendi* de su titular, puesto que el derecho conferido por esta marca no permitirá a su titular prohibir a un tercero el uso en el comercio de tales signos o indicaciones, cuando la marca colectiva consista en una indicación geográfica de la procedencia del producto o servicio y siempre que dicho uso se realice con arreglo a prácticas leales en materia industrial o comercial; en particular no podrá esta marca colectiva oponerse frente a un tercero autorizado a utilizar una denominación geográfica (arts. 62.3 y 63.2 de la LM).

Las marcas de garantía que tiene la función de certificar que los productos o servicios a los que se aplica cumplen unos requisitos comunes en especial lo que concierne a su calidad, componentes, origen geográfico, condiciones técnicas o modo de elaboración del producto o de prestación del servicio (art. 68 de la LM). En estos casos existe una disociación entre el titular de la marca y el usuario de la misma que es el que elabora o distribuye los productos o servicios; el titular de la marca de garantía no sólo tiene derechos sino que viene obligado por la Ley a realizar funciones de control y en su caso de imposición de sanciones por el uso de la misma. En este caso la función de la marca no es la de identificar el origen empresarial de los productos o servicios sino que es un signo distintivo de determinada calidad.

Marca notoria y marca renombrada, el concepto de las mismas se contempla en el artículo 8 de la LM, conforme al cual se entenderá por marca o nombre comercial notorios los que por su volumen de ventas, duración intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial. Se consideran marca o nombre comercial renombrado cuando sean conocidos por el público en general.

La diferencia, por tanto, entre ambas viene dada porque en el caso de la marca notoria el conocimiento se limita al sector del público interesado en los productos o servicios de que se trate, y en el caso de marca renombrada el conocimiento se extiende a todo tipo de consumidores. Las marcas renombradas y registradas gozan, como ya vimos al tratar del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial, de una protección reforzada pues no se aplica respecto de las mismas la regla o principio de especialidad vinculado al juicio o riesgo de confusión (art. 5.2 de la Directiva 89/104 CEE), esa derogación del principio de especialidad debe entenderse también aplicable a la marca notoria registrada, de acuerdo con la protección que le otorga el artículo 8.1 de la LM 17/2001:

«No podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anteriores aunque se solicite su registro para productos o servicios que no sean similares a los protegidos por dichos signos anteriores cuando, por ser éstos noto-

rios o renombrados en España, el uso de esa marca pueda indicar una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y el titular de aquellos signos o, en general, cuando ese uso, realizado sin justa causa, pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores.»

La obtención de una marca internacional la encontramos en el artículo 79 de la LM:

«Siempre que el titular lo solicite expresamente, el registro internacional de una marca efectuado al amparo del Acta vigente en España del Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891, relativo al Registro Internacional de Marcas (llamado en lo sucesivo «Arreglo de Madrid»), del Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid de 27 de junio de 1989 (llamado en lo sucesivo “Protocolo”) o de ambos, extenderá sus efectos en España.»

Conforme a ello quien pretenda la exclusividad de una marca registrada en el extranjero, también en España, deberá inscribirla en el Registro Internacional de Marcas.

A la marca comunitaria se refiere el artículo 84 de la LM:

«La presentación de una solicitud de marca comunitaria en la Oficina Española de Patentes y Marcas, al amparo del artículo 25.1.b) del Reglamento (CE) 40/1994 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, dará lugar al pago de la tasa correspondiente. La Oficina Española de Patentes y Marcas indicará la fecha de recepción de la solicitud y el número de páginas que la compongan, transmitiéndola a la Oficina de Armonización del Mercado Interior, si la tasa anteriormente señalada hubiera sido satisfecha.»

Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el criterio establecido en la Exposición de Motivos del Reglamento 40/94 del Consejo sobre marca comunitaria, se ha centralizado la competencia para conocer en primera instancia y de forma exclusiva de todas las cuestiones que en el orden civil se susciten respecto de las marcas comunitarias, correspondiendo de conformidad con lo previsto en el artículo 86 bis de la LOPJ a los Juzgados de lo Mercantil de Alicante, que a estos solos efectos funcionarán como Juzgados de Marca Comunitaria con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Las conductas típicas sancionadas se describen en el artículo 274.1 y 2, que tras la Ley Orgánica 10/1995 abandona la técnica de norma penal en blanco. En el artículo 274.1 se enumeran las conductas punibles como las de:

«reproducir, imitar, modificar, o de cualquier otro modo utilizar un signo distintivo...»

en el artículo 274.2 se sanciona expresamente:

«la posesión para la comercialización y la puesta en el comercio de productos o servicios con signos distintivos...»

Los verbos utilizados en el artículo 274, para describir la acción típica no se corresponden con el utilizado en el artículo 34.2 de la Ley de Marcas 17/2001, para delimitar el contenido del *ius prohibendi* del titular del derecho pues se refiere a «uso en el tráfico económico», si bien luego en el apartado 3 del artículo 34, se describen los concretos actos de uso que el titular puede prohibir a los terceros. En todo caso, la interpretación de las conductas penalmente relevantes enumeradas en el artículo 274, debe hacerse atendiendo a las facultades de prohibición que ostenta el titular del derecho conforme al contenido del artículo 34 de la LM.

El verbo reproducir puede interpretarse como la colocación de un signo idéntico al legítimo; el de imitar se puede interpretar como la colocación de un signo semejante que puede producir confusión con el legítimo; ambas conductas se corresponden con la descripción que hace el artículo 34.2 del contenido del *ius prohibendi*:

«El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada; b) Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.»

En todo caso, y como ya hemos desarrollado al tratar el apartado del bien jurídico protegido, en el artículo 34 de la LM se incorpora como requisito para poder considerar producida la infracción del derecho exclusivo del titular del signo distintivo, el requisito del «riesgo de confusión» que se contempla en el artículo 5.1.b) de la Directiva 89/104 CEE. La interpretación de este requisito que debe ser, igualmente, objeto de valoración respecto de las conductas penalmente sancionables, puesto que también aparece recogido en el artículo 274.1, deberá realizarse teniendo en cuenta la interpretación que del mismo se ha hecho en el ámbito comunitario y que ya expusimos en el mencionado apartado del bien jurídico protegido.

El verbo «modificar» que utiliza el artículo 274 plantea más problemas de interpretación, pues no se corresponde con ninguno de los supuestos concretos de prohibición que se contemplan en el artículo 34.3 de la LM, debiendo ser interpretado dentro de la descripción típica abierta empleada por el artículo 274.1, como cualquier modalidad de utilización del signo legítimo, distinta de la reproducción o imitación, que induzca a confusión.

Como acabamos de señalar el artículo 274.1 se configura como un tipo abierto al emplear en la descripción de las conductas punibles la expresión indeterminada «o de cualquier otro modo utilice...». En todo caso, en la interpretación de este término habrá de tenerse en cuenta la especificación que hace el apartado 3 del artículo 34 de la LM del contenido del *ius prohibendi*, como derecho de prohibir el uso no autorizado en el tráfico económico:

«Cuando se cumplan las condiciones enumeradas en el apartado anterior podrá prohibirse, en especial:

- a) Poner el signo en los productos o en su presentación.
- b) Ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos con esos fines u ofrecer o prestar servicios con el signo.
- c) Importar o exportar los productos con el signo.
- d) Utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad.
- e) Usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio.
- f) Poner el signo en envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio, elaborarlos o prestarlos, o fabricar, confeccionar, ofrecer, comercializar, importar, exportar o almacenar cualquiera de esos medios incorporando el signo, si existe la posibilidad de que dichos medios puedan ser utilizados para realizar algún acto que conforme a las letras anteriores estaría prohibido.»

Dentro de las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003, destaca la relativa a la incorporación en el artículo 274.1 de un párrafo por el que se castiga expresamente a:

«los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado o con su consentimiento.»

La inclusión de este apartado se corresponde exactamente con la incorporación realizada en los delitos contra la propiedad intelectual en el artículo 270.2, siendo además idéntica la redacción para la penalización en cada caso de lo que se denominan «importaciones paralelas», exceptuando también de sanción en los dos supuestos las importaciones no autorizadas intracomunitarias, por aplicación del principio de «agotamiento comunitario del derecho». Como ya hemos señalado al tratar los derechos de propiedad intelectual, inicialmente no se contemplaba en el texto del Proyecto de Ley remitido al Congreso en el tipo del artículo 274 la sanción de las importaciones paralelas, si bien se introdujo posteriormente en virtud de enmiendas en el Congreso presentadas por los Grupos Parlamentarios Vasco, Popular y Catalán, que se apoyaban en el tratamiento homogéneo que debía darse a la protección penal de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Con relación a los derechos de propiedad industrial, y en concreto, a los signos distintivos, el agotamiento comunitario del derecho se contempla en el artículo 7.1 de la Directiva 89/104 CEE, de aproximación de la legislaciones nacionales en materia de marcas, y respecto a la marca comunitaria en el artículo 13.1 del Reglamento 40/1994, de 20 de diciembre de 1993. Nuestra legislación ha incorporado también expresamente este principio del agotamiento comunitario en el artículo 36.1 de la LM: «El derecho conferido por el registro de la marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso de la misma para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento» (De acuerdo con el artículo 65.2 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el punto 4.c) del anexo XVII, la referencia que hace el artículo 7.1 de la Directiva 89/104 al agotamiento debe considerarse aplicable en el Espacio Económico Europeo, que comprende el territorio de la UE y el de Noruega, Islandia y Liechtenstein).

La normativa comunitaria (arts. 7.2 de la Directiva y 13.2 del Reglamento), contempla una excepción al principio de agotamiento, en el supuesto de que el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su primera comercialización, excepción que igualmente incorpora nuestra legislación en el artículo 36.2 LM: «El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los mismos se haya modificado o alterado tras su comercialización». Sobre la excepción al principio del agotamiento que recoge el artículo 7.2 de la Directiva 89/104, el TJCE en Sentencia de Pleno de 11 de julio de 1996, C-436/1993, establece los criterios para interpretar esa excepción y señala:

«(...) El titular de la marca puede oponerse a la comercialización ulterior de un producto cuando el importador ha reenvasado el producto y ha puesto de nuevo la marca, sin embargo no podrá impedir la ulterior comercialización cuando se acredite que la utilización de la marca por parte de su titular contribuiría a compartimentalizar artificialmente los mercados entre Estados Miembros, o cuando se demuestre que el reenvasado no puede afectar al estado original del producto o se indique en el nuevo embalaje quien ha reenvasado el producto (...).»

Tal y como expusimos al tratar el tema de las importaciones paralelas en los derechos de propiedad intelectual (art. 270.2), el legislador ha querido sancionar las importaciones paralelas extracomunitarias de origen lícito, resultando aquí de aplica-

ción igualmente lo expuesto entonces en cuanto al agotamiento comunitario del derecho, en este caso de propiedad industrial y a la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo sobre el agotamiento internacional del derecho (ST del TJCE, Pleno de 16 de julio de 1998).

En el marco de la sanción penal contra las conductas vulneradoras de los signos distintivos, el artículo 274, no recoge expresamente las conductas de exportación, por lo que cabe cuestionarse si es que el legislador no ha querido incluir este comportamiento en el ámbito de protección penal.

No existe ninguna razón para considerar que las exportaciones de productos en los que se han incorporado los signos distintivos fraudulentos, han sido excluidas de la protección penal. El artículo 34.3.c) LM expresamente indica entre las facultades del *ius prohibendi* del titular de la marca las de «importación o exportación de productos portadores del signo», y debe entenderse que la exportación no autorizada por el titular registral de la marca, lesiona el bien jurídico directamente protegido, que como hemos expuesto es el derecho exclusivo del titular, sin perjuicio de que indirectamente se protejan otros bienes jurídicos. Por otro lado, la falta de tipicidad de la conducta de exportación debe descartarse si tenemos en cuenta que el artículo 274.1 utiliza un sistema abierto de descripción de las conductas al utilizar la expresión «... o de cualquier otro modo utilice...», en la cual pueden incluirse las conductas que constituyen el contenido del derecho del titular del signo distintivo tal y como es delimitado por la LM, y por tanto cabe considerar incluidas las conductas de exportación, al igual que las de almacenaje que se contemplan en el artículo 34.3.b).

Por lo que se refiere a la exportación de productos lícitos pero sin autorización del titular registral cabe sostener lo mismo que en los derechos de propiedad intelectual, en el sentido de que no cabe hacer una interpretación extensiva considerando sancionadas las conductas de exportaciones paralelas.

En el apartado 2 del artículo 274 que no ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, se mantiene la sanción de las conductas de mera posesión para comercialización o puesta en el comercio de los productos o servicios con los signos distintivos a los que se refiere el apartado 1. Basta, por tanto, con que el autor realice esa conducta de comercialización o posesión orientada a esa comercialización, aunque no haya intervenido en la reproducción o imitación fraudulenta de los signos. La exigencia en este caso del elemento subjetivo de que el autor realice las conductas «a sabiendas», excluye la comisión por dolo eventual.

En cuanto al grado de ejecución de las conductas punibles, las mismas se consuman desde que se produce la lesión del bien jurídico protegido, que es el derecho exclusivo de uso del titular, por tanto, el delito se consuma desde que sin la autorización del titular registral, y con fines comerciales o industriales, se reproduce o imita la marca y se incorpora al producto idéntico o semejante, aunque no se haya introducido en el mercado, ni se haya llegado a producir un perjuicio económico al titular del derecho si esa incorporación del signo fraudulento a los productos se realiza con fines comerciales.

En los supuestos en que la utilización fraudulenta de los signos distintivos suponga además un efectivo fraude patrimonial para los consumidores que adquieren los productos existirá un concurso ideal del delito del artículo 274 con el delito de estafa del artículo 248.

Sujeto activo de estos delitos contra los signos distintivos puede ser cualquier persona, incluido el titular de la marca en los casos de transmisión o de cesión de la marca, puesto que la cesión supone la transmisión de la titularidad de la marca (art. 47 LM). En el caso de licencia de la marca (art. 48 LM), el titular de la marca mantiene esa titularidad, por lo que si utiliza la marca una vez concedida la licencia en

exclusiva, y sin reserva expresa del derecho a usarla, incurrirá en un ilícito civil de incumplimiento contractual, pero no en un ilícito penal, pues sigue ostentando la titularidad de la marca.

Sujeto pasivo es la persona física o jurídica que ostenta la titularidad del derecho de exclusiva, es decir el titular de la marca registral o su cesionario. El licenciario en exclusiva podrá también en caso de infracción de su derecho ejercitar las acciones civiles y penales correspondientes (art. 124 LPMU, aplicable por remisión de la disposición adicional primera de la LM); conforme a este precepto, a falta de pacto expreso la legitimación activa del licenciario se subordina a la pasividad del titular durante tres meses tras el requerimiento para que ejercite la acción correspondiente). Deberá darse la falta de consentimiento del sujeto pasivo para que la conducta sea punible.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo del tipo la realización de la conducta con fines comerciales o industriales es un elemento subjetivo del injusto, si bien para algún sector de la doctrina es sólo un componente del aspecto objetivo de la conducta punible, sobre la base de considerar que los derechos integrantes de la propiedad industrial son derechos sobre bienes inmateriales cuyo contenido fundamental se centra en la tutela de los mismos en relación a una actividad dirigida a tercero. La necesidad de que el sujeto activo realice la conducta con conocimiento de que el signo utilizado está registrado conforme a la legislación de marcas, implica la exigencia de un dolo directo cuya existencia deberá valorarse en función de las circunstancias concurrentes, tanto respecto de la marca, como del responsable de la conducta vulneradora del derecho del titular registral. (SAP de Cádiz, Sección 2ª, de 29 de junio de 2001).

La exigencia que se hace en el apartado 2 del artículo 274 de «actuar a sabiendas» en los supuestos de posesión para comercializar o puesta en el comercio de productos o servicios con los signos distintivos a que se refiere el apartado 1 de ese artículo, implica la incorporación de un elemento subjetivo que excluye la posibilidad de comisión en estos casos de la conducta delictiva con dolo eventual. La inclusión expresa en este apartado de la conducta de comercialización de los productos o servicios con los signos a que se refiere el artículo 274.1, puede considerarse reiterativa y distorsionadora puesto que al configurarse el tipo en este apartado como abierto por el empleo de la expresión «o de cualquier otro modo utilice» cabe lógicamente incluir ya en él las conductas de comercialización por integración de dicha expresión con el artículo 34.3 de la LM que enumera las facultades del *ius prohibendi* del titular, y que contempla expresamente las conductas de comercialización en el apartado b) de ese precepto.

IV.4 Las obtenciones vegetales

Tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se incorporan al artículo 274 los apartados 3 y 4 que sancionan con la misma pena que en los apartados anteriores:

«al que con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales» (art. 274.3);

«al que realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad» (art. 274.4).

Las obtenciones vegetales son una modalidad de propiedad industrial, que protegen las creaciones o invenciones en el campo de la botánica y en particular las variedades vegetales, mediante la concesión a su titular de un derecho exclusivo de explotación económica. Mediante este derecho se trata de tutelar las costosas inversiones necesarias para obtener una nueva variedad vegetal y estimular la investigación en el terreno agrícola. Con ello se facilitará el acceso de los agricultores a las nuevas tecnologías, se incrementará la productividad de las explotaciones y en definitiva, se mejorará la competitividad de los productos y la renta de los agricultores, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales.

En la regulación específica anterior representada por la Ley 12/1975, de 12 de marzo, de Protección de Obtenciones vegetales, se concedía al titular de la obtención, la posibilidad de ejercitar acciones civiles y penales para los supuestos de violación de su derecho de exclusiva (art. 7), incorporando esa Ley una norma penal en el artículo 19, al disponer que:

«toda violación intencionada del derecho exclusivo que el título de obtención vegetal otorga a su titular será penada de acuerdo con lo establecido en el artículo 534 del Código Penal.»

Tras la reforma del Código por la Ley Orgánica 10/1995, que abandona la técnica de norma penal en blanco en la tipificación de los derechos de propiedad industrial, y que no incorpora expresamente como objeto de protección penal las obtenciones vegetales, se considera que las mismas habían quedado excluidas de dicha protección, siendo dudosa la vigencia de la norma penal incluida en el citado artículo 19 de la Ley 12/1975.

La omisión ha sido subsanada por la Ley Orgánica 15/2003, en los nuevos apartados 3 y 4 del artículo 274, que sancionan expresamente la vulneración de los derechos sobre obtenciones vegetales. Como ocurre con los demás derechos de propiedad industrial, nos encontramos con la presencia de elementos normativos que deben ser integrados con la legislación específica reguladora de las obtenciones vegetales.

A nivel nacional esta regulación está constituida por la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales (en adelante LPOV), que a su vez supone la adaptación de la legislación española al Derecho internacional unificado en la materia, constituido por el Acta de 19 de marzo de 1991 del Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales, en vigor desde el 24 de abril de 1998, y al Derecho comunitario, representado por el Reglamento CE 2100/1994 del Consejo, de 27 de julio, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, y la Directiva 98/44 CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de invenciones biotecnológicas.

El derecho de propiedad industrial recae, en este caso, en invenciones consistentes en la obtención de una nueva variedad vegetal. El concepto de variedad vegetal se contiene en el artículo 2 de la Ley 3/2000, siendo de aplicación a todos los géneros y especies vegetales incluidos los híbridos de géneros o de especies (art. 4 de la LPOV). Los requisitos de registro son la novedad, la distinción, la homogeneidad y la estabilidad (art. 5 ss. de la LPOV). Los derechos que concede el título de

obtención vegetal son, fundamentalmente, derechos a realizar en exclusiva determinadas actuaciones (art. 12.2 de la LPOV).

Como ocurre con los demás derechos de propiedad industrial su protección penal exige que el título de obtención vegetal se encuentre previamente registrado, lo que se efectuará en el Registro Oficial de Variedades Protegidas (art. 44 de la LPOV).

Por lo que se refiere a la conducta típica debe distinguirse las descritas en apartado 3 del artículo 274 y la descrita en el apartado 4 del mismo.

Las modalidades de acción típica descritas en el artículo 274.3 «producir o reproducir, acondicionar con vistas a la producción o reproducción, ofrecer en venta, vender o comercializar de otra forma, exportar o importar, o poseer para cualquiera de los anteriores fines» se corresponden con las facultades exclusivas otorgadas al obtentor o beneficiario del título de obtención vegetal en el artículo 12 de la LPOV; existe por tanto, también en relación con este derecho de propiedad industrial un solapamiento entre la regulación penal y civil, si bien en este caso, el Código Penal limita en el artículo 274.3 significativamente el objeto sobre el que esas conductas típicas pueden recaer: «material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal», cuya tutela se corresponde con la dispensada por el artículo 12 de la LPOV. Por el contrario, no se extiende la protección, ni al material cosechado o producto de la cosecha, obtenido por la utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, ni a los productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida por la utilización no autorizada de dicho producto de cosecha, supuestos expresamente regulados en el artículo 13 de la LPOV.

Como elemento subjetivo se exige de igual manera que en los demás derechos de propiedad industrial que la conducta se realice «con fines agrarios o comerciales», lo cual en cierto modo se presenta como superfluo dado que al igual que en el resto de modalidades delictivas de propiedad industrial, la propia regulación específica de carácter civil establece que la protección del derecho del obtentor no se extenderá a los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales [art. 15.a) LPOV].

La doctrina entiende que siendo las obtenciones vegetales modalidades de propiedad industrial que protegen específicamente las creaciones en el campo de la botánica y en particular las variedades vegetales, su naturaleza es más acorde con las creaciones objeto de protección en el artículo 273 del Código Penal donde debía haberse incardinado. No obstante, en el apartado 4 del artículo 274 se tutela la función distintiva de la obtención vegetal, puesto que se sanciona la realización de los actos de explotación enumerados en el apartado 3 reservados al titular de la obtención vegetal, utilizando bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal que no pertenezca a tal variedad. Por tanto, cabe considerar que la conducta de este apartado guarda mayor semejanza funcional con los signos distintivos que se protegen en el artículo 274.

IV.5 Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas

El Código Penal tras la Ley Orgánica 10/1995, tipifica en el artículo 275 la vulneración de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, sancionando con la misma pena que la establecida en el artículo 274:

«al que intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una

calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección.»

Esta modalidad de signos distintivos garantiza no el origen empresarial de los mismos sino una determinada calidad, no son auténticas marcas, pues no conceden derechos subjetivos de exclusión ejercitables, *erga omnes*, sino que todos los productores que reúnan los requisitos exigidos en la respectiva reglamentación tienen derecho a que les sea concedida su utilización.

En la determinación del objeto material de protección, se hace necesario acudir a la regulación específica sobre las denominaciones de origen e indicaciones geográficas tratando de delimitar cada una de estas categorías.

La normativa vigente está representada por la Ley 24/2003, de 14 de julio, de la Viña y el Vino, que derogó la anterior Ley 25/1970, de 2 de diciembre, que aprobó el Estatuto del vino, la viña y los alcoholes, la cual define en los artículos 21 y 22 las denominaciones de origen e indicaciones geográficas respecto del vino. Deben tenerse en cuenta además el Real Decreto 1573/1985, de 1 de agosto, que acomete la definición y ordenación de las denominaciones genéricas y específicas de productos alimentarios y el Real Decreto 728/1988, de 8 de julio, que establece las normas a las que deben ajustarse las denominaciones de origen, específicas o genéricas de productos agroalimentarios no vinícolas.

A la hora de delimitar las dos categorías utilizadas por el tipo penal en el artículo 275 «denominaciones de origen e indicaciones geográficas», se deberá tener en cuenta que ambas se corresponden con la asunción por el legislador penal de la terminología incorporada por el Reglamento CEE 2081/92, del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de los productos agrícolas que fue incorporado al ordenamiento interno por Orden del Ministerio de Agricultura de 25 enero de 1994. Dicho Reglamento crea dos niveles de protección: las denominaciones de origen, en las que la cualidad o característica del producto depende en exclusiva del medio geográfico, y las indicaciones geográficas en las que concurrirían además otros factores. Deben, por tanto, considerarse actualmente excluidas de protección penal las denominaciones genéricas a las que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 1573/1985 que dispone que:

«se entiende por denominación genérica la calificación aplicable a los productos que tienen caracteres comunes o especiales debido a su naturaleza, a los sistemas de producción empleados o a los procedimientos de transformación, elaboración y fabricación.»

La conducta típica consiste utilizar en el tráfico económico sin estar autorizado una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada, debiendo considerar que al igual que en las marcas deberá tenerse en cuenta a efectos de la relevancia penal de la conducta, la aptitud objetiva de la usurpación de la denominación de origen o indicación geográfica en la comercialización de los productos para provocar confusión en las ofertas de productos y mercancías, puesto que como señala el propio artículo 275, las denominaciones de origen e indicaciones geográficas están legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas.

En cuanto al elemento subjetivo se requiere que el infractor actúe con conocimiento de la protección legal de la denominación de origen o indicación geográfica usurpada y además intencionadamente, lo que excluye la comisión con dolo eventual.

IV.6 Los subtipos agravados

En el artículo 276 del Código Penal, tras la Ley Orgánica 15/2003, se contemplan los subtipos agravados de los delitos contra los derechos de propiedad industrial, de manera idéntica a los subtipos agravados de los delitos contra los derechos de la propiedad intelectual que se establecen en el artículo 271. Es por ello, que podemos dar también aquí por aplicable lo indicado al tratar los supuestos de agravación del artículo 271, en especial con referencia a los nuevos subtipos que introduce la Ley Orgánica 15/2003 en los apartados *c)* y *d)* relativos respectivamente a la pertenencia del culpable a una organización u asociación incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad la realización de las actividades infractoras y la utilización de menores de 18 años para la comisión del delito, y a la supresión de la previsión que se hacía en la anterior redacción de los artículos 271 y 276 de que el Juez pudiera decretar el cierre temporal o definitivo del establecimiento del condenado.

V. LAS DISPOSICIONES COMUNES

Las disposiciones comunes a los delitos de las tres Secciones del capítulo XI, y por tanto a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, se contienen en la Sección cuarta de ese Capítulo y concretamente en los artículos 287 y 288.

En la Introducción y al examinar las principales reformas que introduce la Ley Orgánica 15/2003, en relación con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, ya expusimos el fundamental cambio que hace la Ley en cuanto a la perseguibilidad de estos delitos, que pasan a ser delitos perseguibles de oficio, pues se suprime para ellos en la nueva redacción del artículo 287, la necesidad del requisito de denuncia previa del agraviado.

Las otras disposiciones de carácter común se contienen en el artículo 288 que prevé por un lado, la publicación de las sentencias que declaren la comisión de estos delitos, en los periódicos oficiales, y la posibilidad de publicación, a solicitud del perjudicado, en cualquier otro medio informativo, y de otro lado, se contempla la posibilidad de acordar las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, el cual establece:

«El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer motivadamente las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.»

Dada la creciente manifestación de la comisión de este tipo de delitos a través de empresas o establecimientos comerciales, y por organizaciones o asociaciones delictivas, cobra especial importancia en la eficacia de la lucha contra estos delitos, la previsión expresa de aplicar en los mismos las consecuencias accesorias que contempla el artículo 129 del Código Penal. Es por ello, que los Sres. y Sras. Fiscales deberán solicitar en sus escritos de acusación, la adopción de dichas consecuencias cuando resulten adecuadas, en función de las circunstancias concurrentes en la comisión del delito, cumpliendo así además el trámite de audiencia previa que para la adopción de tales medidas se establece en el artículo 129 en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003. Deberá igualmente tenerse en cuenta que conforme al artículo 129.2, las medidas previstas en el artículo 129, apartados *a)* y *c)*, relativas a la clausura temporal de empresas o locales y suspensión temporal de las actividades de una empresa, sociedad o asociación, pueden ser también adoptadas durante la tramitación de la causa con el carácter de medidas cautelares.

VI. FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL. RESPONSABILIDADES CIVILES

Existe una creciente y progresiva preocupación por la protección legal de los derechos de propiedad intelectual e industrial tanto a nivel nacional, como comunitario e internacional, y tanto en el marco de la legislación específica de carácter civil, como en el marco de la legislación penal, dada la alarmante vulneración de los mismos favorecida por las nuevas tecnologías que facilitan su usurpación, y el haberse convertido esa vulneración en una de las actividades desarrolladas por las organizaciones delictivas, por la importancia de los beneficios obtenidos y la escasa gravedad de las consecuencias sancionadoras vinculadas a las infracciones de esos derechos. De otra parte, es evidente que la vulneración de aquellos tiene una importante repercusión en el desarrollo cultural, económico y social de los distintos países.

Dentro de esa preocupación por fortalecer la protección de los derechos a nivel de la legislación nacional, se encuadran desde el punto de vista de *lege data*, las modificaciones introducidas en cuanto a la protección penal por la Ley Orgánica 15/2003, y de *lege ferenda*, cabe hacer una referencia a la existencia de dos Proyectos de Ley, actualmente en tramitación en el Congreso, uno es el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial (121/000057) publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» el 28 de octubre de 2005 y otro el Proyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (121/000044), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 26 de agosto de 2005.

Por lo que respecta al Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, el mismo completa la transposición de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Las medidas, procedimientos, y recursos establecidos para garantizar la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, se incorporan por el citado Proyecto de Ley al ámbito de la legislación específica de carácter civil y al del procedimiento de la misma naturaleza, sin embargo, tales medidas y acciones pueden tener aplicación en el ámbito del procedimiento penal a los efectos de la responsabilidad civil derivada

de los delitos, dada la remisión expresa que en este punto establece el artículo 272 del Código Penal.

Conforme al artículo 272:

«la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.»

Por tanto, habrá que acudir a lo establecido en los artículos 139 y 140 de la LPI vigente para determinar la extensión de la responsabilidad civil derivada del delito, en cuanto al alcance del cese de la actividad ilícita y la fijación de la indemnización de daños materiales y morales.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que las medidas que contempla el artículo 139.1.a) y b) de LPI vigente, para hacer efectivo el cese de la actividad ilícita, relativas a la suspensión de la explotación infractora o la prohibición de reanudar dicha explotación, pueden superponerse con las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal, que resulta de aplicación por disposición expresa del artículo 288. No obstante, las medidas del artículo 129.1.c) y d) del Código Penal tienen un carácter más amplio, pues en esta disposición se contempla que la suspensión o prohibición de realizar las actividades sea, respectivamente, no sólo de las estrictamente vulneradoras de los derechos de los titulares, sino de las actividades, operaciones, o negocios a los que en general se dedique la empresa o sociedad en cuyo seno se haya cometido el delito, o de la actividad, operaciones comerciales o negocios de la misma clase de aquellos que hayan servido para realizar, favorecer o encubrir la actividad infractora.

Existe también una correspondencia de algunas de las medidas del artículo 139 de la LPI ([artículo 139.1.c), d) y e)], con la consecuencia accesorias del comiso del artículo 127, siendo éste de aplicación a todo tipo de delitos, y por tanto, también a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Las medidas del artículo 139 LPI relativas a los efectos e instrumentos de los delitos contra la propiedad intelectual, serán de aplicación en cuanto no se opongan a la regulación que del comiso se establece en el artículo 127 Código Penal, cuya regulación sin duda resulta de mayor amplitud. En todo caso los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener presente lo establecido en la Circular 1/2005 en lo que concierne al comiso, que deberá ser solicitado en relación con los efectos, instrumentos y ganancias de estos delitos, particularmente cuando la actividad delictiva resulte imputable a los integrantes de una organización.

Por lo que se refiere al cese de la actividad ilícita, tanto en el Proyecto de Ley de ampliación de los medios de tutela, como en el Proyecto de modificación del Texto Refundido de la LPI, se contempla la incorporación al artículo 139 en vigor de una serie de modificaciones y novedades relativas a la vulneración de las medidas tecnológicas de protección de las obras, e incorporan como novedad la posibilidad de adoptar medidas de suspensión de los servicios prestados por los proveedores de servicios de la sociedad de la información, cuando realicen actividades de intermediación (arts. 13 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), aunque no sea ellos imputable la conducta infractora. A estas nuevas medidas respecto de los proveedores de servicios, ya nos hemos referido anteriormente en el apartado III.2.C) relativo a las incriminación de las conductas que lesionan los derechos de propiedad intelectual a través de los medios tecnológicos de la sociedad de la información.

Por lo que respecta a los criterios a tener en cuenta para fijar la indemnización por daños y perjuicios se debe estar a los criterios establecidos en el artículo 140 de la LPI vigente.

«El perjudicado podrá optar como indemnización entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

En caso de daño moral procederá su indemnización, aún no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercerla.»

En el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial se incorporan al artículo 140 de la LPI dos módulos de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios. El primero de los módulos comprende, de forma cumulativa las consecuencias económicas negativas que haya sufrido la parte perjudicada (pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener) y también el daño moral. El segundo de los módulos contempla que la indemnización pueda consistir alternativamente en una cantidad a tanto alzado, basada en la remuneración que habría percibido el perjudicado si el infractor le hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual.

En el Proyecto se incorpora también como novedad en el artículo 140 la posibilidad de poder incluir en la cuantía indemnizatoria los gastos de investigación en los que haya incurrido el titular para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares que pueden ser instadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual, las mismas se establecen en el artículo 141 LPI. Dichas medidas específicas, sin perjuicio de las que puede adoptar el Juez de instrucción en el procedimiento por delito conforme a lo previsto en la LECrim, deberán ser también tenidas en cuenta, puesto que el artículo 143 de la LPI dispone:

«En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal.»

La adopción de tales medidas debe entenderse podrá ser acordada de oficio por el Juez de instrucción, o a petición del Ministerio Fiscal, sin que resulte presupuesto necesario la previa petición del titular del derecho infringido, dado que tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, nos encontramos ante delitos perseguibles de oficio. Es por ello, que los Sres. y Sras. Fiscales instarán durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que igualmente sirvan para garantizar las responsabilidades que puedan ser establecidas en la sentencia.

Por lo que se refiere a los derechos de propiedad industrial, si bien el Código Penal no establece una remisión expresa a la legislación específica reguladora de los mismos para determinar el alcance y extensión de la responsabilidad civil, debe entenderse que esa normativa específica podrá ser valorada por el Juez o Tribunal penal en la sentencia al fijar la responsabilidad civil por los delitos contra la propiedad industrial cometidos, en cuanto esas normas no se opongan a lo previsto en

los artículos 109 a 115 del Código Penal así como a lo establecido en los artículos 127 y 129 del mismo Código. En este sentido el artículo 109 dispone:

«La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios causados.»

Igualmente podrán ser de consideración y aplicación como medidas cautelares en el ámbito del procedimiento penal por delitos contra la propiedad industrial las previstas con tal carácter en la legislación específica en cuanto puedan ser de eficacia para impedir la continuación de la actividad delictiva, o para asegurar la eficacia del comiso que deberá acordarse en la sentencia dentro de los términos del artículo 127 del Código Penal. No será posible sin embargo, la adopción de medidas cautelares de carácter extraprocésal o previas a la incoación del procedimiento penal, que sí se contemplan en el ámbito de protección de los derechos en vía civil como diligencias preliminares (art. 256, 263 y 297 de la LEC).

Por tanto, a los efectos de determinación de la extensión de la responsabilidad civil de los delitos contra la propiedad industrial o de adopción de medidas cautelares, podrá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 63, 66 y 134 de la Ley 11/1986, de Patentes, o en los artículos 41 y 43 de la Ley 17/2001, de Marcas. El Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, modifica también estos preceptos en la misma línea que hace con los correspondientes de la LPI, incorporando los módulos para fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios y estableciendo la posibilidad de acordar medidas contra los intermediarios a cuyos servicios acuda un tercero para realizar la infracción, remitiéndonos a lo señalado al tratar de estas modificaciones respecto de los derechos de propiedad intelectual.

VII. CONCLUSIONES

El propósito de este apartado es hacer una exposición sumaria de las líneas fundamentales de la Circular, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones que se consideran de especial relevancia para la interpretación y actuación de los miembros del Ministerio Fiscal en relación con los tipos penales relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial. En todo caso, se trata de una visión global y de conjunto del contenido de la Circular que no puede excluir la necesidad de acudir a los respectivos apartados que desarrollan cada punto.

Con carácter previo debemos señalar que el objeto de la presente Circular está centrado fundamentalmente en el estudio de los tipos penales relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial, a raíz de la reforma producida en los mismos por la Ley Orgánica 15/2003, teniendo en cuenta también las modificaciones anteriores introducidas por la Ley Orgánica 10/1995 en ambos tipos delictivos.

En el presente documento se ha querido dedicar especial atención a las nuevas modalidades de vulneración de estos derechos vinculadas a la utilización de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, que han incidido en la aparición de diferentes y más intensas formas de lesión de los derechos.

El estudio de estos delitos se aborda con una referencia obligada a la legislación específica de carácter civil-mercantil con la que deben integrarse los elementos normativos con los que están configurados. Igualmente se estudia la legislación comuni-

taria en la materia, la cual se ha incorporando progresivamente a la legislación nacional de carácter específico.

1. Las notas comunes de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003

El legislador ha abordado el reforzamiento de la protección penal de estos derechos a través de diferentes medidas de orden sustantivo y procesal:

- Elevación de las penas señaladas a los delitos, fundamentalmente en lo que se refiere a las pena de multa, que además en los delitos contra la propiedad intelectual se hace conjunta con la de prisión; se observa una equiparación del régimen de penas en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.
- Se transforma el régimen de perseguibilidad de los delitos, que se convierten en delitos perseguibles de oficio. La nueva naturaleza de delitos públicos, exige por parte de los Sres. y Sras. Fiscales una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las pruebas que deben servir para la acreditación de las conductas delictivas y en particular con las de carácter pericial.
- Se incorporan estos delitos al artículo 282 bis.d) de la LECrim como delitos en los que será posible la utilización de la figura del agente encubierto cuando estén cometidos por delincuencia organizada.
- Se incluyen los delitos contra la propiedad intelectual e industrial flagrantes en el catálogo de delitos de juicios rápidos que establece la regla 2ª del apartado 1 del artículo 795 de la LECrim .
- Se reconoce la legitimidad propia de las entidades gestoras para intervenir en los procedimientos penales (art. 771 de la LECrim).
- Se incorpora expresamente en el artículo 338 de la LECrim la previsión de destrucción de los efectos intervenidos en relación con la comisión de estos delitos, una vez que se han practicado las periciales necesarias y que se han recogido todos los datos de constancia que deban ser acreditados en el juicio.

2. Delitos contra la propiedad intelectual

La Circular 2/1989 de la Fiscalía General del Estado había abordado el estudio de los delitos contra la propiedad intelectual a raíz de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, que fue dictada en paralelismo con la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, e introdujo el artículo 534 bis.a) que supuso el abandono de la técnica de norma penal en blanco. No obstante, el tipo se configuró con la presencia de gran cantidad de elementos normativos, por lo que resulta necesario integrar las conductas típicas, los sujetos pasivos cuyos derechos son lesionados y el requisito de la falta de consentimiento de los titulares con la legislación de naturaleza civil-mercantil, que regula específicamente la materia y que está constituida en la actualidad por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

2.1 NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995

La Ley Orgánica 10/1995, si bien mantiene en el artículo 270 de Código Penal una redacción similar a la que la Ley Orgánica 6/1987 estableció en el artículo 534 bis.a), introdujo como principal novedad del tipo básico, la incorpo-

ración de la exigencia del elemento subjetivo de «obrar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero».

La otra novedad que incorporó la Ley Orgánica 10/1995, fue la de sancionar en el artículo 270.3 «la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de los dispositivos de protección de los programas de ordenador», sanción que se produce como consecuencia de la transposición de la Directiva 91/250 CEE, de 14 de mayo, sobre protección de los programas de ordenador, en los artículos 95 a 104 de la LPI.

2.2 NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003 EN EL TIPO BÁSICO DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2.2.a) *Conductas de exportación, almacenaje e importación*

En la tipificación de estas conductas realizada en el artículo 270.2, el Legislador ha hecho una diferenciación entre las conductas de exportación y almacenaje de un lado y las de importación de otro, debida a la incorporación expresa en ese precepto de la incriminación de las denominadas *importaciones paralelas*.

La importación de las obras protegidas es una de las facultades integradas en los derechos de explotación del titular de los derechos de propiedad intelectual, y en particular, se encuentra implícita en la facultad exclusiva de distribución que corresponde al mismo. El derecho de distribución se define en el artículo 19 del Texto Refundido de la LPI, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 como «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante venta, alquiler o préstamo o de cualquier otra forma».

El derecho exclusivo de distribución de los titulares se agota en el ámbito comunitario con la primera venta efectuada por el titular o con su consentimiento. El agotamiento comunitario del derecho de distribución se establece en las Directivas 92/100/CEE, de 19 de noviembre, relativa a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual y en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información. En aplicación de esta normativa comunitaria el Texto Refundido de la LPI, incorpora el agotamiento comunitario del derecho de distribución en el artículo 19.2, respecto de los titulares de derechos de autor y en los artículos 109.2, 117.2, 123.2 y 126.1.e), respecto de los titulares de derechos afines o conexos.

El legislador de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, ha querido zanjar los problemas de interpretación que la anterior redacción del artículo 270.2 dejaba abiertos, y ha tipificado expresamente en dicho artículo, las importaciones de los objetos, tanto lícitos como ilícitos, realizadas en el ámbito internacional extracomunitario, sin consentimiento del titular del derecho de distribución, dado que no existe el agotamiento internacional del derecho.

En definitiva los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta que el artículo 270.2, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, sanciona penalmente las conductas de importación paralela de objetos lícitos realizadas sin autorización del titular del derecho de distribución. Quedan exceptuadas de la punición las importaciones realizadas desde un país comunitario en el que dichos objetos (obras protegidas), han sido previamente comercializados por el titular del derecho o con su consentimiento, como consecuencia del agotamiento del derecho de distribución a nivel comunitario.

El Legislador tan sólo ha sancionado expresamente las conductas de importación paralela de objetos lícitos, por lo que no deben entenderse penalmente sancionadas las exportaciones extracomunitarias de objetos lícitos realizadas sin la autorización del titular del derecho de distribución en España, dado que no es admisible una interpretación extensiva de las conductas penalmente castigadas.

En la valoración de las conductas de importación paralela de objetos lícitos deberá tenerse presente que el tipo del artículo 270.2 exige el elemento subjetivo de actuar «intencionadamente», por lo que será necesario que concorra dolo directo.

2.2.b) *Conductas que vulneran los dispositivos técnicos de protección de las obras*

Estas conductas están tipificadas en el artículo 270.3 del Código Penal, y tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se ha ampliado el tipo, tanto desde el punto de vista de las conductas sancionadas, por haber añadido la importación a las conductas de fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección, como desde el punto de vista del objeto, pues se extiende además de a los programas de ordenador, a cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones, que son objeto de protección en los términos del apartado 1 del artículo 270.

En el artículo 270.3 se contempla un supuesto de sanción de actos preparatorios de las acciones constitutivas de efectiva lesión de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente, de las relativas a la reproducción y distribución no autorizada de las obras de propiedad intelectual. Es por ello, que los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta que la aplicación del artículo 270.3 sólo puede plantearse en relación con quienes no sean además autores materiales de las conductas de lesión de derechos que se tipifican en el apartado 1 del artículo 270, encontrándose estas últimas en relación de progresividad delictiva respecto de los actos preparatorios previstos en el apartado 3 del artículo 270; nos encontramos ante un supuesto de concurso de normas del artículo 8.3, con preferencia del artículo 270.1 como *lex consumens*.

La sanción de las conductas de supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección de las obras, puede suscitar problemas de compatibilidad con el derecho a la copia privada para uso privado, que como límite del derecho de reproducción de los titulares se contempla en el artículo 31.2 del Texto Refundido de la LPI, el cual a su vez genera una remuneración compensatoria o canon a su favor. Por los Sres. y Sras. Fiscales, se tendrá en cuenta, que la necesaria compatibilización del derecho de los titulares a la protección de sus obras mediante mecanismos tecnológicos, con el límite que comporta la copia privada, requerirá que en la valoración de las conductas previstas en el artículo 270.3 se examine, si de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, puede deducirse que la posesión de dispositivos o mecanismos aptos para la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas incorporadas por los titulares para la protección de las obras, tiene una finalidad o utilización distinta a la de realización del derecho de copia privada.

2.2.c) *Conductas que lesionan los derechos de propiedad intelectual a través de los medios tecnológicos de la sociedad de la información*

La nueva realidad tecnológica de la sociedad de la información, requiere hacer una valoración jurídico-penal de determinadas conductas muy generalizadas en la sociedad actual, que han supuesto nuevas formas de lesión de los derechos de pro-

iedad intelectual. Algunas de estas nuevas formas de vulneración de los derechos están representadas por la utilización de medios telemáticos y en concreto por Internet. Nos referimos a las prácticas generalizadas de «bajar de la Red» obras musicales o audiovisuales o los supuestos en que se comparten los ficheros dispersos en los ordenadores de múltiples usuarios interconectados (sistema P2P o *Peer to Peer*).

En todo este marco de nuevas tecnologías de la sociedad de la información, debe partirse de la necesidad de coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras, con los derechos de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, sin que resulte posible, ni efectiva, una criminalización generalizada de la sociedad.

La colocación de obras protegidas en Internet así como la utilización de sistemas de intercambio de archivos para la obtención de dichas obras, está incardinada en el concepto amplio del derecho exclusivo de comunicación pública que se define en el vigente artículo 20 del Texto Refundido de la LPI. En el Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la LPI, expresamente se incorpora en el artículo 20.2 apartado i), como modalidad específica del derecho de comunicación «la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

Quienes colocan en un sitio de Internet una obra protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema *Peer to Peer* de intercambio de archivos, realizan una conducta de comunicación pública no autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular; dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que por las circunstancias concurrentes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo del ánimo de lucro que exige el tipo penal. El elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de lucro comercial.

En cuanto a la conducta del que se limita a bajarse de la Red una obra para su disfrute personal, no realiza un acto de comunicación, sino una copia privada, sin que concurra tampoco el elemento subjetivo de ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial.

El principio de intervención mínima que rige en derecho penal debe ser tenido en cuenta para criminalizar tan sólo las conductas que lesionan más gravemente los bienes jurídicos. Es por ello, que en los supuestos en los que en la infracción del derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual, sólo concurre un ánimo de obtener una ventaja de carácter individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil.

La interpretación del elemento subjetivo del ánimo de lucro, como lucro comercial viene avalada por dos argumentos: por un lado, el que en el ámbito del derecho comunitario el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial es homogéneo, debiendo tener presente que en el Código Penal, los tipos delictivos de los derechos de propiedad industrial exigen un ánimo de lucro comercial o industrial, por otro lado, en la Propuesta de Directiva y de Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3 la obligación de los Estados Miembros de

considerar delito "todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial».

2.3 NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003 EN LOS TIPOS AGRAVADOS

Debe tenerse en cuenta como novedades de los tipos agravados del artículo 271:

- El que se concreta el concepto de especial gravedad en función del valor de los objetos o de la especial importancia de los perjuicios.
- La incorporación como supuesto de especial gravedad el de que el culpable pertenezca a una organización o asociación. La previsión de esta agravación tiene una correspondencia desde el punto de vista procesal con la incorporación en el artículo 282 bis de la LECrim de la utilización de la técnica de investigación del agente encubierto en este tipo de delitos.
- La incorporación como supuesto de agravación de la utilización de menores de dieciocho meses en la comisión de los delitos, agravación justificada por la búsqueda de la facilidad e impunidad en la comisión del delito.
- Se ha suprimido la referencia a la posibilidad de que el Juez o Tribunal decretase el cierre temporal del establecimiento o industria pues parecía contradictorio con la remisión que en el artículo 288 se hace a la aplicación con carácter general de las consecuencias accesorias del artículo 129.

3. Delitos contra la propiedad industrial

En relación con estos delitos la presente Circular ha querido abordar un estudio de los diferentes tipos delictivos sobre propiedad industrial, teniendo en cuenta que tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 10/95, dejaron de estar configurados como normas penales en blanco, pasando el legislador a hacer una exhaustiva regulación de las conductas penalmente sancionadas, en paralelismo con la regulación de los derechos de propiedad industrial en las diferentes leyes específicas de carácter civil-mercantil.

En esta materia al igual que en propiedad intelectual, ha habido una profunda transformación legislativa en los últimos años así como un importante proceso de adaptación e incorporación de la legislación comunitaria.

3.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial cobra especial relevancia a la hora de determinar las conductas penalmente relevantes, además de ser una cuestión respecto de la que la doctrina y la jurisprudencia no ha mantenido una posición pacífica y uniforme.

El debate sobre este tema se centra en la consideración acerca de si el bien jurídico protegido por estos delitos es de naturaleza exclusivamente patrimonial e individual, o bien de naturaleza supraindividual, centrado en el interés del Estado en garantizar el orden socioeconómico, protegiendo el sistema de libre competencia y el interés colectivo de los consumidores.

Para el sector mayoritario de la doctrina, el bien jurídico protegido es el derecho exclusivo de uso o explotación que corresponde a los titulares del derecho de propiedad industrial sin perjuicio de que ello de manera mediata contribuya a fortalecer las normas de libre competencia y acreciente la defensa de los intereses específicos

de consumidores y usuarios. Conforme a este criterio, lo penalmente relevante es el ataque a la exclusividad de la que goza el titular registral del derecho o su cesionario.

Desde el punto de vista del derecho positivo debemos tener en cuenta que el Legislador en el tipo penal del artículo 274, relativo a los signos distintivos, incorpora expresamente el requisito de confundibilidad, sin duda, porque la función esencial y característica de los signos distintivos es identificar el origen o procedencia empresarial del producto o servicio al que está incorporado el signo distintivo. La incorporación al tipo penal del requisito de confundibilidad se corresponde con la descripción que en el artículo 34.2 la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, se hace del contenido del derecho, descripción que además se corresponde con la normativa comunitaria, en concreto con el artículo 5.1 de la Directiva del Consejo 89/104, de 21 de diciembre de 1988 de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas.

La valoración del alcance del *juicio de confundibilidad* o riesgo de confusión, debe hacerse teniendo en cuenta la regulación comunitaria, en concreto, la Directiva 89/104 y el Reglamento del Consejo 40/1994, de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria, y la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que conforme a la legislación comunitaria y la doctrina del TJCE, a cuyo tenor debe interpretarse la legislación interna, en los casos de marcas renombradas, o cuando no siendo marcas renombradas se trata de signos idénticos para productos idénticos a aquellos para los que está registrado el signo, la protección del derecho exclusivo es absoluta y no requiere de apreciación del juicio de confundibilidad, el cual vendrá en aplicación, en los supuestos de marcas no renombradas y tratándose de supuestos de signos similares y respecto de productos o servicios similares. En estos casos, el juicio de confundibilidad debe efectuarse desde un plano objetivo de comparación de la semejanza o diferencia entre los signos y productos, en orden a valorar la posibilidad de identificación del origen empresarial y de la garantía de calidad de los productos; sólo partiendo del planteamiento de la aptitud objetiva de los signos usurpados para producir confusión, puede tener alguna relevancia la valoración adicional de otros factores secundarios relativos a las circunstancias concretas en las que se ofrecen los productos (lugar de venta, precio, etc.).

En definitiva, los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta en orden a la determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de propiedad industrial, que el bien jurídico directamente protegido *es el derecho de exclusividad del titular registral*, siendo la lesión de este derecho la que determina la relevancia penal de la conducta. El legislador no ha incorporado al tipo penal el requisito del error del consumidor, ni ha incluido estos delitos en la sección dedicada a los delitos contra el mercado y los consumidores; la protección del interés del consumidor es tan sólo un fin mediato en estos tipos delictivos.

3.2 LAS MODALIDADES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Dentro de la sección segunda del capítulo XI del título XIII del Código Penal, dedicada a los delitos contra la propiedad industrial, se incluyen varias modalidades de derechos que se consideran merecedores de protección penal. En este apartado de conclusiones no se trata de volver a examinar en concreto e individualizadamente cada modalidad o tipo delictivo, sino de dar una visión en conjunto de las principales líneas de la regulación de estos delitos.

En primer lugar destacar que dentro de los tipos delictivos de la citada sección segunda pueden distinguirse dos grandes grupos:

- Las creaciones con proyección industrial o artística que se contemplan en el artículo 273 (patentes y modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales y las topografías de productos semiconductores).
- Los signos distintivos que se contemplan en el artículo 274 (marcas y nombre comercial).
- Otras modalidades de derechos de propiedad industrial protegidas mediante el correspondiente tipo penal son: las obtenciones vegetales, que se incorporan al Código Penal tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 en el artículo 274 apartados 3 y 4, y cuya naturaleza es más próxima a la de las creaciones o invenciones, en este caso en el campo de la botánica. Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas cuya protección penal se incorpora expresamente al Código Penal tras la Ley Orgánica 10/1995 en el artículo 275, cuya naturaleza se asemeja a la de una marca de calidad o garantía.
- Por último, en el artículo 277 se sanciona la vulneración de las patentes secretas, la ubicación sistemática de este tipo delictivo es objeto de crítica doctrinal puesto que lo que se protege en este tipo, no es tanto el derecho de propiedad industrial, como los intereses de defensa nacional, pudiendo cometer el delito el propio titular que vulnera el mandato de secreto.

Como *notas comunes* de estos delitos cabe señalar que:

La protección del derecho exige inscripción registral y para que la conducta sea típica es necesario que el autor actúe con conocimiento del registro, sin autorización del titular y con fines comerciales o industriales

El criterio que el Legislador penal ha escogido para delimitar el ámbito de protección penal de las conductas lesivas de estos derechos es el de que dichas conductas se realicen con fines comerciales y sean intencionales, lo que por otra parte se corresponde con la exigencia que a nivel comunitario se recoge en el artículo 3 de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo de 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para el aseguramiento del respeto de los derechos de propiedad intelectual (debe tenerse en cuenta que a nivel de legislación comunitaria el término propiedad intelectual es también comprensivo de los derechos que en la legislación nacional se integran bajo la denominación de propiedad industrial).

El concepto y contenido de cada uno de estos derechos de propiedad industrial cuya vulneración se tipifica, debe ser integrado con la legislación nacional específica de carácter civil-mercantil y con la legislación comunitaria, la cual se detalla tanto en los respectivos apartados del cuerpo de la Circular como en los Anexos de legislación que se unen a la misma a los que nos remitimos.

En relación con los signos distintivos (marca y nombre comercial), debe ponerse de relieve que en el apartado 2 del artículo 274 se sancionan también las importaciones paralelas de objetos lícitos, con el mismo régimen con que en el artículo 270.2 se castigan dichas importaciones en el caso de propiedad intelectual, por tanto, quedan excluidas de sanción las importaciones de productos lícitos procedentes de un país de la Unión Europea realizadas sin autorización del titular del derecho, como consecuencia del agotamiento comunitario del derecho. Dicho agotamiento comunitario se contempla en el artículo 36 de la Ley de Marcas 17/2001, que incorpora el agotamiento previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 89/104 CEE, de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de marcas y en el

artículo 13.1 del Reglamento 40/94, de 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria.

Tanto la legislación nacional como comunitaria contemplan una excepción al agotamiento comunitario en el caso de que los productos se hayan alterado o modificado tras la primera comercialización. Esta excepción al principio del agotamiento ha sido objeto de interpretación por el TJCE en sentencia de Pleno de 11 de julio de 1996, caso núm. C-436/1993.

Al igual que ocurre en materia de propiedad intelectual, el Legislador no ha tipificado las exportaciones extracomunitarias de objetos lícitos, por lo que debe entenderse que no siendo posible una interpretación extensiva, las mismas no están sancionadas penalmente.

Los *subtipos agravados* de los delitos de propiedad industrial se establecen en el artículo 276, con total identidad respecto de los establecidos en el artículo 271 para los delitos de propiedad intelectual a cuyo comentario nos remitimos.

4. Disposiciones comunes a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

La sección cuarta del capítulo XI establece en los artículos 287 y 288 las disposiciones comunes de las tres secciones anteriores. Por lo que se refiere a los delitos de la sección primera y segunda que son los relativos a propiedad intelectual e industrial cabe destacar en relación con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 en las disposiciones comunes, la supresión del requisito de denuncia previa de la persona agraviada o de sus representantes legales, por lo que como ya señalamos anteriormente se convierten *en delitos públicos o perseguibles de oficio*.

Las otras disposiciones de carácter común de estos delitos, que ya se contemplaban en el artículo 288 antes de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se refieren, por un lado, a la publicación de las sentencias que declaren la comisión de estos delitos en los periódicos oficiales, y a la posibilidad de publicación, a solicitud del perjudicado, en cualquier otro medio informativo, y de otro lado a la posibilidad de que el órgano judicial acuerde las consecuencias accesorias del artículo 129.

En orden a la adopción de las consecuencias accesorias del artículo 129 tratándose de delitos públicos y previendo el propio artículo, un trámite de previo informe del ministerio fiscal, deberán los Sres. y Sras. Fiscales, cuando concurren las circunstancias que las justifican, impulsar su adopción, interesando las mismas en sus escritos de acusación.

5. Responsabilidad civil y fortalecimiento de la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial

En orden a la determinación de la responsabilidad derivada de los delitos contra la propiedad intelectual, el propio artículo 272 del Código Penal establece una remisión expresa para su determinación a las disposiciones de la LPI sobre cese de la actividad ilícita e indemnización de daños y perjuicios.

Por tanto, deberán tenerse en cuenta por los Sres. y Sras. Fiscales para la determinación de la extensión de la responsabilidad civil los artículos 139 y 140 del Texto Refundido de la LPI vigente.

En algún caso las medidas de cese de actividad ilícita que contempla el artículo 139, pueden superponerse con las consecuencias accesorias del artículo 129 que resulta de aplicación por remisión expresa del artículo 288 del Código Penal. Debe tenerse presente que las medidas previstas en el artículo 139.1.c), d) y e) relativas a los efectos e instrumentos de los delitos contra la propiedad intelectual, serán de aplicación en cuanto no se opongan a la regulación del comiso del artículo 127, cuya regulación resulta de mayor amplitud. En todo caso los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener presente lo establecido en la Circular 1/2005 en lo que concierne al comiso, que deberá ser solicitado en relación con los efectos, instrumentos y ganancias de estos delitos, particularmente cuando la actividad delictiva resulte imputable a los integrantes de un organización.

Los criterios para fijar la indemnización por daños y perjuicios se establecen en el artículo 140 del Texto Refundido de la LPI. En el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, se incorporan al artículo 140 dos módulos de cálculo de la indemnización de daños y perjuicios y además se incorpora como novedad la posibilidad de poder incluir en la cuantía indemnizatoria, los gastos de investigación en que haya incurrido el titular de los derechos para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

En el artículo 141 del Texto Refundido de la LPI se contemplan las medidas cautelares, estas medidas sin perjuicio de las que pueden ser adoptadas por el Juez de instrucción en el procedimiento por delito conforme a lo previsto en la LECrim, podrán ser tenidas en cuenta en base a lo previsto en el artículo 143 de Texto Refundido LPI. Los Sres. y Sras. Fiscales deberán instar en el procedimiento penal las medidas cautelares, que de conformidad con las circunstancias concurrentes en cada caso sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que sirvan para garantizar las responsabilidades que resulten declaradas en la sentencia.

Por lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad industrial, si bien el Código Penal no contiene una remisión expresa a la legislación específica de esos derechos, es posible tener en cuenta los criterios en ella establecidos sobre el alcance de la responsabilidad civil, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 109 del Código Penal.

Es necesario destacar que en correspondencia con la preocupación por la protección legal de los derechos de propiedad intelectual e industrial, ante la creciente y progresiva vulneración de los mismos, favorecida por la nuevas tecnologías que facilitan la usurpación, y la incorporación de la delincuencia organizada a este tipo de actividades vulneradoras, el legislador nacional ha creado los instrumentos legales para fortalecer su protección.

En este sentido y de *lege ferenda* deben tenerse en cuenta los dos Proyectos de Ley actualmente en tramitación parlamentaria ante el Senado: El Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la LPI el cual implementa la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información y el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual, que implementa la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. A ambos textos se refiere la Circular en distintos apartados a los que nos remitimos.

CONSULTA 1/2006, SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR A VELOCIDAD EXTREMADAMENTE ELEVADA

I. ANTECEDENTES

La implantación de dispositivos tecnológicos de control de velocidad en la red viaria de nuestro país ha permitido una nueva forma de detección e identificación de vehículos que circulan a velocidad superior a la autorizada por las normas reguladoras del tráfico rodado.

Esta circunstancia ha motivado que las autoridades de tráfico, ante la captación de vehículos que circulan a velocidades superiores a los 200 km/h hayan decidido poner los hechos en conocimiento de las respectivas Fiscalías territoriales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante Ley de Tráfico), por si tal conducta pudiera ser constitutiva de un delito de conducción temeraria del artículo 381 CP.

En este contexto, la Fiscalía consultante, con motivo de la recepción de antecedentes administrativos relativos a vehículos que circulaban entre 224 y 245 km/h, siendo la limitación genérica de velocidad de 120 km/h, cuestiona la posibilidad de incardinar tales conductas en el tipo penal de conducción temeraria del artículo 381 párrafo 1º, o bien en el de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás del artículo 384 del Código Penal, habida cuenta de las exigencias típicas de estas figuras delictivas.

Por tanto, la resolución de la presente consulta debe partir de algunas consideraciones generales y un recordatorio previo de las características y requisitos típicos de los delitos de conducción temeraria, a fin evaluar el alcance penal de tales conductas.

II. ANÁLISIS DE LA MATERIA

II.1 Consideraciones generales sobre los delitos de conducción temeraria

La intensidad y magnitud del tráfico automovilístico en las sociedades industrializadas ha determinado que la seguridad vial se configure como uno de los intereses más relevantes para la seguridad colectiva y, de ahí, la necesidad de responder penalmente ante comportamientos insolidarios que son creadores de riesgos socialmente inaceptables. Para ello las distintas legislaciones han recurrido en este ámbito a la técnica tipificadora de los delitos de peligro, adelantando la línea de intervención del derecho penal al castigo de aquellas conductas que, atendiendo a reglas de la experiencia, son generadoras de un peligro intolerable para la seguridad vial –valor intermedio referencial– y en última instancia, para la vida y la integridad física de todos –bienes jurídicos referidos– (STC Pleno 2/2003, de 16 de enero).

Como tales delitos de peligro, algunos de los delitos de conducción temeraria requieren junto al peligro general o común para la seguridad colectiva referida al tráfico motorizado la efectiva creación de una situación de peligro para bienes jurídicos

individuales (delitos de peligro concreto –artículo 381 párrafo 1 y 384 párrafo 1–) mientras que otros incriminan la conducción prevista como peligrosa, aunque no se produzca dicha situación riesgo en el caso concreto (delitos de peligro abstracto –artículos 381 párrafo 2 y 384 párrafo 2–).

La distinción, como veremos, tiene importantes consecuencias en la resolución de la consulta, ya que en los primeros la inclusión de un peligro concreto como presupuesto de tipicidad exige conocer y examinar las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho para inferir de las mismas la presencia del riesgo prohibido, mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso ese análisis singularizado, al entender el legislador que la situación de peligro es consustancial a la conducción en las circunstancias descritas en el tipo.

II.2 El delito de conducción temeraria del apartado 1º del artículo 381 CP

El artículo 381 castiga con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años al que *condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas*.

Como se desprende de la propia literalidad del precepto y han tenido ocasión de subrayar doctrina y jurisprudencia (SSTS 341/98, de 5 de marzo; 877/99, de 2 de junio; 1461/2000, de 27 de septiembre; 1039/2001, de 29 de mayo; 2251/2001, de 29 de noviembre, y 561/2002, de 1 de abril) el tipo objetivo del artículo 381 exige un doble elemento: la conducción con temeridad manifiesta y la puesta en concreto peligro de la vida o integridad de las personas, mientras que el tipo subjetivo exige el dolo.

a) *Conducción con temeridad manifiesta*

Sobre el concepto jurídico indeterminado «temeridad manifiesta» existe una consolidada doctrina jurisprudencial según la cual conduce *temerariamente un vehículo de motor quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de Tráfico* (STS 561/2002) o, lo que es lo mismo, quien lo hace con notoria desatención a las normas reguladoras del tráfico (STS 2251/2001). Asimismo considera el Alto Tribunal que *la conducción temeraria es manifiesta cuando es valorable con claridad, notoria o evidente para el ciudadano medio*.

b) *Resultado de concreto peligro para la vida o la integridad de las personas*

La redacción típica del 381 párrafo 1º exige como resultado la creación de un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, por lo que queda configurado como un delito de peligro concreto.

En este sentido las SSTS 2251/2001, de 29 de noviembre y 1039/2001, de 29 de mayo precisan que *la simple conducción temeraria, creadora por sí misma de un peligro abstracto no sería suficiente, debiendo quedar acreditada la existencia de un peligro concreto (...) peligro que debe ser efectivo, constatable para la vida o integridad física de personas concretas, distintas del sujeto pasivo*.

La aplicación del tipo exige comprobar, por ello, que en el ámbito de eficacia causal del vehículo infractor hubo al menos una persona expuesta al peligro que aquél representaba, aunque no haya podido ser identificada en el proceso (SSTS 2251/2001, de 29 de noviembre, 341/1998, de 5 de marzo y Circular 2/1990 FGE),

bastando con que por ejemplo testigos presenciales o los propios agentes de policía intervinientes así lo manifiesten.

El uso del plural «personas» empleado en la fórmula legal no significa que daban ser al menos dos las personas puestas en peligro para afirmar la tipicidad de la conducta. Por otra parte, si solamente se pone en peligro la vida del autor o la propiedad ajena (la reforma de 1989 suprimió el término «bienes» que con anterioridad aparecía junto a la vida y la integridad de las personas como objeto posible de peligro concreto derivado de la conducta temeraria) los hechos no serían subsu- mibles en esta figura.

c) *Tipo subjetivo*

Al no contemplarse la incriminación imprudente, el delito de conducción temeraria sólo admite la comisión dolosa (art. 12 CP). El dolo del autor debe abarcar los dos elementos del tipo: el modo de conducir y el resultado de peligro (SSTS 1039/2001, de 29 de mayo y 1461/2000, de 27 de septiembre).

El dolo, por tanto, no se refiere al posible resultado lesivo, sino a la acción peligrosa en sí.

Afirma la STS 1039/2001, de 29 de mayo, *el dolo del 381 no exige un dolo específico o elemento subjetivo del injusto sino que requiere conocimiento de que con la anómala conducción se crea un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas y la voluntad de ejecutar o proseguir con la temeraria forma de conducir.*

El referido dolo no quedará desplazado, en su caso, por el móvil de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles, en los que la jurisprudencia viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriñéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos como la seguridad del tráfico o la integridad de las personas (STS 341/98, 1461/00, 168/2001 y 1464/2005).

d) *Aplicabilidad del artículo 381, párrafo.1º, a las conductas examinadas*

Partiendo de las anteriores consideraciones, no parece pueda ser cuestionado que la forma de conducir de quien supera los 200 km/h, sobrepasando incluso en un 100 por 100 o más la velocidad máxima autorizada para la circulación de vehículos, resultará en principio y sin perjuicio de matizar dicha calificación en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, una conducta «temeraria» toda vez que supone el incumplimiento de los más elementales deberes de prudencia exigibles en la conducción de un vehículo de motor. A tal efecto, recuérdese que el artículo 19.1 Ley de Tráfico establece que *todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos (...) de manera que pueda detener el vehículo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse y su artículo 11.1 que los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos.*

En relación con el carácter «manifiesto» de dicha temeridad, tampoco ofrece duda que tal conducta resulta alarmante para cualquiera, que está en la conciencia de todos que tal exceso de velocidad implica un riesgo elevado de siniestralidad, en definitiva, que se trata de una temeridad patente para terceros. En este sentido un reciente estudio sobre «La Justicia en el Tráfico. Conocimiento y valoración de la población española» ponía de manifiesto cómo el 75 por 100 de los conductores

valora en 8 (en una escala de 0 a 10) el riesgo de accidente de tráfico asociado al exceso de velocidad, percepción sólo superada por la peligrosidad asociada a la conducción tras el consumo de alcohol. Opinión avalada por determinadas estadísticas sobre accidentes de tráfico en España según las cuales la velocidad inadecuada aparece como causa principal o como factor concurrente en un elevado porcentaje de los siniestros con víctimas registrados (29 por 100 de los accidentes mortales en el año 2004).

No obstante, el segundo elemento exigido por el tipo del artículo 381, párrafo 1 –el resultado de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas–, impone la necesidad de analizar además de la forma de conducción las circunstancias en que la misma se desarrolla a efectos de evaluar la naturaleza y entidad del peligro generado, pues de ello dependerá la incardinación de los hechos en dicha figura legal, en su caso, en la del artículo 384 CP o, excepcionalmente, su atipicidad.

Ciertamente la conducción temeraria posee, por sí misma, una evidente dimensión de riesgo en cuanto las normas vulneradas, basándose en la experiencia, prohíben aquellas conductas que normalmente desembocan en resultados lesivos. Es más, un exceso tan notoriamente desproporcionado de velocidad por regla general pondrá en concreto peligro la vida o integridad de terceros dada, por un lado, la incapacidad del conductor para detener a tiempo el vehículo y la grave entidad lesiva derivada de un alcance, un frenazo, una maniobra evasiva, un mínimo despiste –factores todos ellos de probable producción en tales circunstancias– y por otro, la eventualidad de la presencia de otros usuarios que pueden verse expuestos a su conducta, aunque se trate de horas avanzadas o días de poco tráfico, pues no en vano la conducción se desarrolla en una vía pública. A tal efecto no pueden desconocerse ni el espectacular crecimiento del parque automovilístico experimentado en los últimos años ni la cultura del uso del automóvil que, hoy por hoy, impera en nuestro país.

Por último, en relación con el aspecto subjetivo del tipo, las anteriores consideraciones conducen al entendimiento de que el dolo estará de ordinario implícito en el comportamiento de dichos conductores.

No obstante, no cabe descartar que tal situación peligrosa no llegue a materializarse ante la ausencia de otras personas o vehículos para los que tal conducción pueda constituir un riesgo, circunstancia que, en definitiva, deberá ser puesta de manifiesto durante la instrucción de la causa.

Como acertadamente señala la Fiscalía consultante, la determinación del resultado de peligro concreto puede verse facilitada en aquellos casos en que los propios fotogramas obtenidos por el radar evidencian que el vehículo temerariamente conducido es ocupado por terceras personas, además del conductor.

Esta observación, exige no obstante, detenerse en la controvertida cuestión de la idoneidad de los acompañantes para ser considerados sujetos pasivos del delito.

En principio, siendo la vida y la integridad de las personas los intereses en última instancia tutelados en los delitos contra la seguridad del tráfico, debe entenderse que el riesgo generado para los restantes ocupantes del vehículo también debe ser amparado por el precepto (v.gr. SAP Soria 14.11.2003 condena por delito de conducción temeraria a quien condujo a gran velocidad pese a los ruegos de sus acompañantes que finalmente resultaron heridos).

Más dudoso resulta, sin embargo, el supuesto en que los acompañantes consienten libremente someterse a la situación de riesgo derivada de dicha forma de conducción. Un sector doctrinal sostiene la falta de aplicación del tipo ya en virtud de la eficacia supralegal del consentimiento, ya a partir del principio de la auto-

puesta en peligro como criterio de exclusión de la imputación objetiva del resultado. Otro sector defiende la plena tipicidad en atención a la irrelevancia del consentimiento en relación con las posibles lesiones que pudieran derivarse para aquellos de la conducción temeraria (SAP Cáceres 2ª de 22 de abril de 2005). La reciente STS 1464/2005, de 17 de noviembre se ha pronunciado en este último sentido al condenar por delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio a quien condujo por una autovía en dirección contraria y a gran velocidad durante 5 km colisionando, al sortear uno de los vehículos que venía de frente, con la valla de protección de la autopista, a consecuencia de lo cual resultó el fallecimiento de su acompañante además de la puesta en peligro de la vida de los usuarios de otros vehículos. A tal efecto razona dicha sentencia *el hecho de que el fallecido asuma el peligro no significa que el total dominio de la acción deje de corresponder al acusado*.

No obstante, si los ocupantes aparecen como partícipes del delito, por ejemplo, a título de inductores, por haber animado o incitado al conductor a conducir el vehículo vulnerando las normas elementales del tráfico viario, no cabrá la apreciación de dicho elemento típico. Otro entendimiento conduciría a la paradoja de considerar a los ocupantes víctimas del delito y al propio tiempo inductores del mismo.

II.3 La presunción legal de temeridad y concreto peligro del apartado 2.º del artículo 381 CP.

El delito de conducción temeraria ha experimentado una esencial modificación en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Razones de política criminal han determinado la inclusión de un nuevo párrafo segundo en el que se acoge dentro del delito de conducción temeraria una formulación propia de los delitos de peligro abstracto: *en todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos*.

Esta fórmula legal introduce una presunción *iuris et de iure* en relación con la concurrencia de los dos elementos típicos esenciales del delito descrito en el párrafo primero (temeridad manifiesta y resultado de peligro) cuando concurre la conducción con altas tasas de alcohol y el exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos.

La posibilidad de subsumir en esta figura legal los comportamientos objeto de la presente consulta resulta remota, pues si bien por un lado la presunción legal evita la especificación de la concreta situación de peligro, por otro exige acreditar que el conductor circulaba bajo los efectos de altas tasas de alcohol, lo que de ser cierto, resultará extraordinariamente complicado de constatar salvo que se disponga de otros medios de prueba idóneos para complementar la información que sobre la desproporcionada velocidad del vehículo facilita el radar.

II.4 Los delitos de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás. Su aplicabilidad a las conductas objeto de estudio

El artículo 384 CP contiene dos tipos delictivos en relación con la conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás.

a) *Tipo básico*

El primer párrafo recoge la figura principal y castiga con penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores *al que, con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el artículo 381.*

El tipo objetivo remite a la conducta descrita en el artículo 381, de forma que requiere una conducción manifiestamente temeraria y la creación de un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, quedando configurado por tanto como delito de peligro concreto (STS 1464/2005, de 17 de noviembre).

Por tanto, a la hora de valorar la subsunción de las conductas examinadas en el tipo del 384, párrafo 1º CP, se reproducen las consideraciones anteriormente expuestas en relación con la determinación del resultado de peligro concreto.

En relación con el tipo subjetivo es preciso el dolo que vendrá referido a la conducción temeraria y al concreto peligro para la vida o la integridad de las personas, pero además el precepto contiene un específico elemento subjetivo del injusto constituido por «el consciente desprecio por la vida de los demás» que constituye la *ratio essendi* de estos delitos y es objeto de examen en el apartado siguiente por ser común a ambos.

b) *Subtipo atenuado*

En el párrafo segundo se describe un subtipo atenuado, de aplicación subsidiaria al del párrafo anterior, que adopta la estructura propia de los delitos de peligro abstracto al prevenir: *cuando no se haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena de prisión será de uno a dos años, manteniéndose el resto de las penas.*

Tal circunstancia lleva a la Fiscalía consultante a plantearse la posible aplicación de este subtipo al supuesto analizado, pero sabedora de que el consciente desprecio por la vida de los demás constituye un elemento subjetivo del tipo, se pregunta acto seguido si conducir a 245 km/h, sin otra circunstancia periférica, supone no sólo una temeridad manifiesta, sino además un consciente desprecio por la vida de los demás.

Responder a esta cuestión impone detenerse en los elementos típicos de esta figura delictiva.

Como recuerda la STS 615/2001, de 11 de abril, el tipo objetivo se forma por dos elementos, uno de carácter positivo referido igualmente a una conducción manifiestamente temeraria –por lo que deben reproducirse aquí las consideraciones efectuadas con anterioridad en relación con dicho elemento normativo– y otro de carácter negativo consistente en que no se haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, pues en ese caso el párrafo primero del artículo 384 CP sería de aplicación preferente.

El tipo subjetivo, al igual que en la figura del primer apartado, está constituido además de por el dolo, que debe abarcar la conducta de conducción temeraria, por el elemento característico del «consciente desprecio por la vida de los demás».

Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia (STS 561/2002, de 1 de abril) ese elemento subjetivo supone una alteración esencial de la estructura de esta figura en relación con los restantes delitos contra la seguridad del tráfico contenidos en el capítulo IV del título VII del Libro II, porque en todos ellos –a excepción del 384– el tipo subjetivo está constituido por la conciencia y voluntariedad de la infracción de una norma de cuidado relativa al tráfico, pero no por la conciencia y voluntariedad del *resultado* que eventualmente puede ocasionar aquella infracción, mientras que en el delito a que ahora nos referimos el dolo abarca no sólo la infracción de la norma

de cuidado sino también el eventual resultado. Debe entenderse que cuando el sujeto conduce con consciente desprecio por la vida de los demás está asumiendo y aceptando el probable resultado lesivo, lo que obliga a atribuirle, al menos, el dolo que la doctrina y la jurisprudencia denominan eventual.

La Circular 2/1990 FGE ya citada, tras advertir de la dificultad de concebir una conducción con temeridad manifiesta y puesta en concreto peligro de la integridad o vida de las personas que no representase un menosprecio de la vida de los demás, concluía que la coexistencia de ambas figuras delictivas obliga a deslindar ambos tipos, dejando para el artículo 340 bis.d) CP 1973 –hoy artículo 384 CP 1995– aquellos supuestos de conducción en que la temeridad es manifiestamente más grave, y por tanto mayor la antijuricidad de la conducta.

Por tal razón, el tipo penal del 384 debe entenderse reservado a supuestos en los que el consciente desprecio va implícito en la conducta por su extremada gravedad y flagrancia.

Por tanto, retomando la pregunta de la Fiscalía cabe responder que el análisis de los datos objetivos acreditados, valorados desde las máximas de experiencia, resultará nuevamente determinante para indagar un elemento subjetivo como el consciente desprecio por la vida de los demás (SSTS 20 de abril de 1994; 178/1996, de 19 de febrero; 561/2002, de 1 de abril, y 1464/2005, de 17 de noviembre, entre otras). Si atendida la temeraria conducción en relación con las circunstancias de todo orden que constelaron el hecho (v.gr. zonas urbanas, proximidad de vehículos o terceras personas, densidad del tráfico, características de la vía, falta de visibilidad, climatología adversa, nocturnidad) resulta que el sujeto realizó una conducción tan extremadamente peligrosa, tan altamente temeraria, que permite inferir no sólo que lo hizo conociendo el elevado riesgo que para la vida de otras personas conllevaba su acción, sino que necesariamente tuvo que aceptar, consentir o representarse las consecuencias lesivas derivadas de la misma, podremos concluir que actuó con dolo eventual respecto de los previsibles resultados lesivos y estaremos en presencia de un delito del artículo 384 CP.

En otro orden de cosas procede señalar, como ya se dijera supra en relación con el dolo del delito de conducción temeraria del artículo 381, que el elemento del consciente desprecio por la vida de los demás del artículo 384 no quedará desplazado cuando la conducta se realice a impulso de la huida de la persecución policial, como ha tenido ocasión de recordar recientemente la STS 1464/2005, de 17 de noviembre.

Por último, recuérdese que la eventual condena por delito del 381 CP cuando el objeto de la acusación ha versado sobre un delito del 384 no vulnerará el principio acusatorio, por cuanto se trata de un delito homogéneo, más leve, de la misma naturaleza y constitutivo también de un delito contra la seguridad del tráfico, regulado en el mismo capítulo IV del título XVII del Libro II del CP.

III. ILÍCITO PENAL E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

El concepto de temeridad en la conducción empleado tanto en la legislación penal, como en la administrativa, obliga a deslindar, finalmente, ambas categorías de ilícitos.

En la redacción originaria del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, la infracción de las limitaciones de

velocidad y la conducción negligente o temeraria tenían la consideración de graves, elevándose a muy graves cuando concurriesen circunstancias de peligro por razón de la intensidad de la circulación, las características y condiciones de la vía, las condiciones atmosféricas o de visibilidad, la concurrencia simultánea de vehículos y otros usuarios, especialmente en zonas urbanas y en poblado, o cualquier otra circunstancia análoga que pueda constituir un riesgo añadido y concreto al previsto para las graves en el momento de cometerse la infracción.

De esta forma la calificación de las infracciones «muy graves» se hacía depender de la concurrencia de circunstancias de peligro que supusiesen un riesgo añadido y concreto al previsto para las infracciones graves, lo que, como acertadamente se ha dicho, no contribuía precisamente a diferenciar el supuesto de hecho del delito de conducción temeraria y el de la infracción administrativa «muy grave».

En la reforma efectuada por la Ley 5/1997, de 24 de marzo de 1997 en el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, se mantuvo el mismo criterio, condicionando la consideración como infracción muy grave de la conducción negligente o excediendo los límites de velocidad a la concurrencia de las mencionadas circunstancias de peligro concreto, si bien la conducción temeraria, pasó a considerarse infracción muy grave en todo caso.

La Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos, ha modificado nuevamente el cuadro general de infracciones disponiendo que el incumplimiento de las limitaciones de velocidad constituye una infracción de carácter *grave* [art. 65.4.a)] y si se sobrepasan en más de un 50 por ciento la velocidad máxima autorizada, siempre que ello suponga superar, al menos, en 30 km por hora dicho límite máximo, de carácter *muy grave* [art. 65.5.c)] Asimismo reputa infracción *grave* la «conducción negligente» [art. 65.4.ñ)] y *muy grave* la «conducción manifiestamente temeraria» [art. 65.5.d)].

Como vemos la nueva redacción del artículo 65 ha introducido el adverbio «manifiestamente» en relación con el carácter temerario de la conducción, cuando de infracción muy grave se trate, de modo, que en principio, el concepto de conducción manifiestamente temeraria es presupuesto coincidente en la vía sancionadora administrativa y en la penal.

Por esta razón, la conducción a velocidad tan desproporcionadamente elevada como la que motiva la presente consulta constituiría una infracción administrativa prevista en el artículo 65.5.c) de la Ley de Tráfico dando lugar a la imposición de una multa de 301 a 600 euros y la suspensión del permiso o licencia de conducción por tiempo de uno a tres meses, *salvo que el hecho fuera constitutivo de delito o falta* perseguible de oficio, en cuyo caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley sobre Tráfico, la jurisdicción penal gozará de carácter preferente.

A tal fin, Jurisprudencia y doctrina se han esforzado en definir la línea divisoria de ambos órdenes sancionadores.

En este sentido la STS 561/2002, de 1 de abril afirma: *La conducción temeraria es, en principio, un ilícito administrativo (...). No obstante, cuando la temeridad es manifiesta, es decir, patente, clara y con ella se pone en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, el ilícito se convierte en penal y da lugar al delito previsto en el artículo 381 CP (...). Conduce temerariamente un vehículo de motor quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de Tráfico. Siendo así que la temeridad que integra la infracción administrativa es, en principio, la misma que la que integra el delito. La diferencia entre una y otro está en que en el delito la temeridad es notoria o evidente para el ciudadano medio y además crea un peligro efectivo,*

constatable para la vida o la integridad física de personas identificadas o concretas distintas del conductor temerario.

Las mismas consideraciones cabría hacer en relación con el delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás.

De forma que pese a su aparente solapamiento, unos y otras no son plenamente coincidentes, pues el legislador penal únicamente ha sustraído de la esfera del Derecho administrativo sancionador la conducción temeraria –al margen de la influenciada por el alcohol– que genera un concreto peligro para la vida y la integridad de las personas, ya sea un peligro efectivo (art. 381, párrafo.1º) ya presunto *ex lege* (art. 381 párrafo 2º), y aquella que se realiza con consciente desprecio para la vida de los demás, en todo caso (art. 384).

No obstante, para evitar los conflictos que pudieran derivar de la doble incriminación, la Ley sobre Tráfico, acogiendo la reiterada doctrina del TC sobre el principio *non bis in idem* (por todas, STC 2/2003 de 16 de enero), declara la preferencia de la autoridad judicial penal sobre la administración sancionadora y la sujeción de ésta a los hechos declarados probados por el Juez o el Tribunal del orden penal.

IV. PAUTAS DE ACTUACIÓN

El riesgo creado por quienes conducen a velocidad extremadamente elevada, comportamientos que, por otra parte, son socialmente valorados como de grave imprudencia, exige de las Sras. y Sres. Fiscales un esfuerzo en la investigación de estas conductas tendente a evitar que eventuales dificultades probatorias del resultado de peligro (art. 381.1) o del consciente desprecio por la vida de los demás (art. 384) se traduzcan en la práctica en una generalizada falta de persecución de las mismas, desprotegiendo a la comunidad frente a estos grandes infractores. La frecuencia y gravedad de estas conductas exige una respuesta institucional que, contraria al archivo «de plano» de tales denuncias, impulse la investigación de los hechos posibilitando una fundada valoración de su alcance penal, caso por caso.

Será preciso, por tanto, que en el atestado policial o durante la actividad instructora se ponga de manifiesto, además de la persona que conducía el vehículo y los datos que puedan aportar las autoridades de tráfico en torno a la clase, marca y titularidad registral del vehículo infractor así como sobre la identificación del aparato cinemómetro que captó la imagen del vehículo y su estado de verificación, las circunstancias en que se produjo la acción, recurriendo si fuera preciso a informes periciales sobre tiempo y distancia de frenada o cuantos extremos pudieran resultar relevantes para determinar la entidad del riesgo generado. Como datos de especial relevancia, pero no de apreciación exclusiva, que pueden contribuir a una correcta calificación jurídico-penal de tales conductas, pueden señalarse las características de la vía y en concreto del tramo donde se detectó la infracción, la densidad del tráfico, la climatología, las incidencias en la circulación de las que se hubiera tenido noticia, las características técnicas del vehículo, la existencia de terceros ocupantes del propio vehículo infractor y la eventual presencia o ausencia de otros vehículos o peatones cuya seguridad se haya podido ver comprometida por la conducta del infractor.

V. CONCLUSIONES

1.º La detección de vehículos a motor circulando a velocidad extremadamente elevada y, significativamente, cuando sobrepase el doble de la máxima autorizada reglamentariamente como sucede en el supuesto sometido a consulta, puede resultar indiciaria de la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 381 CP.

2.º Las Sras. y Sres. Fiscales en tales casos acordarán o interesarán la práctica de diligencias tendentes a averiguar, además de la identificación del conductor, aquellas circunstancias fácticas concurrentes con tal forma de conducción y que permitan efectuar una fundada valoración sobre la significación penal de los hechos y en consecuencia constatar o descartar la existencia de un concreto peligro para la vida o integridad de terceros, la posible presencia de altas tasas de alcohol en el conductor o el consciente desprecio por la vida de los demás. A tal fin interpondrán el correspondiente recurso contra las resoluciones que acuerden el archivo de plano de tales denuncias.

3.º Si atendidas las circunstancias en que se desarrolló la conducción se pusiera de manifiesto el plus de antijuricidad que el consciente desprecio supone, habrá de entenderse que los hechos son constitutivos de un delito del artículo 384 CP, bien del apartado primero, bien del segundo, en función de si hubo o no concreto peligro para la vida o la integridad de las personas.

4.º Las Sras. y Sres. Fiscales Jefes darán cuenta de la presente Consulta a la Jefatura Provincial de Tráfico u organismo de tráfico competente en su demarcación de forma que el criterio que en ella se adopta llegue a conocimiento de los agentes de policía o guardia civil encargados de la vigilancia del tráfico rodado en dicho ámbito territorial, a fin de hacer efectiva la investigación de los mismos mediante la confección del oportuno atestado que deberá contener cuántos datos resulten indicadores de la posible comisión de un hecho delictivo.

5.º Cuando de la investigación se deduzca que no ha lugar al ejercicio de la acción penal, por no concurrir los elementos típicos o si ejercitada la misma recayese sentencia absolutoria que no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, las Sras. y Sres. Fiscales cuidarán de que la resolución de archivo o la sentencia absolutoria se comunique a la autoridad de tráfico competente a los efectos previstos en el artículo 74 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de Libros

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

I

El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue siendo de plena actualidad. El centro de ese debate lo constituye la tensión entre la idea clásica de que, por exigencias del principio de culpabilidad, la pena solamente puede ser la respuesta al comportamiento de un individuo y la tendencia actual de las legislaciones europeas, incluida la de la Unión, a introducir la responsabilidad de las personas jurídicas y, con ello, a seguir los pasos de la legislación estadounidense. Ante esta situación, la pregunta esencial que hay que hacerse es la de si el Derecho penal, que nació en una sociedad de individuos, debe adaptarse a la actual sociedad de las organizaciones y extender la pena a estas últimas, como tienden a hacer los legisladores contemporáneos y sostiene Gómez-Jara (pp. 29 s.), o si, en cambio, la pena tiene que continuar siendo una respuesta al comportamiento de una persona física y, por tanto, la respuesta jurídica a los hechos de las personas jurídicas debe dejarse en manos de otras ramas del ordenamiento jurídico.

En su libro, Gómez-Jara se propone fundamentar la responsabilidad penal de la *empresa* como colectivo de personas, sin otorgar relevancia alguna al hecho de que esté o no revestida de personalidad jurídica. Ciertamente, la cuestión de si existe responsabilidad penal más allá de la responsabilidad penal individual puede enfocarse desde una perspectiva más bien formal que se pregunta si la persona jurídica como entidad a la que el Derecho privado atribuye personalidad puede ser penalmente responsable. Sin embargo, es dominante un planteamiento de carácter material que se plantea la cuestión de si los *entes colectivos* pueden ser penalmente responsables y, con ello, si en Derecho penal es admisible la *responsabilidad colectiva*. Pues bien, Gómez-Jara se adhiere a este último planteamiento al definir como objeto de su estudio la cuestión de si una colectividad, la empresa, puede ser considerada «persona jurídico-penal» con «capacidad de culpabilidad jurídico-penal» (p. 44). Por ello, los instrumentos que emplea en su investigación también deberían ser adecuados para enfrentarse al debate sobre la responsabilidad penal de entes colectivos distintos a la empresa.

Gómez-Jara no construye la responsabilidad penal empresarial como una especie de responsabilidad análoga a la individual en la que se renuncia al requisito de la culpabilidad, pues, en su opinión, la culpabilidad es fundamento de la imposición de toda pena (pp. 66 ss.). Por ello, su pretensión es reformular el concepto de culpabilidad en Derecho penal de manera que esta última tenga la capacidad de abarcar tanto al individuo como a entes de naturaleza colectiva (p. 40). En concreto, se propone construir la culpabilidad empresarial como un equivalente funcional de la culpabilidad individual, una responsabilidad penal genuina de la empresa y no «derivada» de sus miembros (p. 53). Para alcanzar este objetivo, se ve obligado a formular un concepto de persona jurídico-penal capaz de abarcar tanto a las personas individuales como a las empresas. Por ello, a la hora de escoger un método adecuado, Gómez-Jara rechaza el individualismo metodológico que considera que la acción humana es constituyente de la sociedad y opta por uno de los métodos que le permiten construir la responsabilidad de la empresa, a saber, la teoría de los sistemas y el constructivismo optativo como paradigma filosófico (p. 50).

Su tesis reza esencialmente así: las empresas con una complejidad interna suficiente tienen una autorreflexión comparable a la conciencia de las personas físicas. Esa clase de empresas deben ser consideradas personas jurídico-penales, con las garantías y la autorresponsabilidad que ello implica (p. 75). Tales empresas son titulares de una libertad de organización empresarial y, por ello, son responsables de las consecuencias del ejercicio de esa libertad. El Derecho penal tiene expectativas frente a ellas, de manera que si el comportamiento de una de esas empresas defrauda tales expectativas, el Derecho penal puede responder comunicativamente con la pena para restablecer así la vigencia de la norma. En definitiva, pues, su responsabilidad penal se explica en los mismos términos que la responsabilidad penal por organización de las personas físicas.

II

Para defender su propuesta, Gómez-Jara dedica una parte de su trabajo a responder a quienes afirman que no es posible construir un *concepto de culpabilidad empresarial* (capítulo II). En primer lugar, el autor admite que si se parte del concepto psicológico de culpabilidad se puede afirmar la culpabilidad de la empresa, pero a la vez llama la atención sobre el hecho de que aquel concepto de culpabilidad ha entrado en crisis, de modo que las objeciones formuladas desde sus filas contra la responsabilidad penal de la empresa carecen de fuerza (p. 83). En cambio, en segundo lugar, el autor sí considera necesario responder a las críticas provenientes de la concepción de *culpabilidad como reprochabilidad*, concepto hoy todavía vivo en la doctrina. Según éste, la pena es un reproche ético-social y, debido a que no se puede predicar una dimensión ética del comportamiento de la empresa, esta última no puede ser objeto de la pena. A ello responde Gómez-Jara que, en primer lugar, sí es posible dirigir un reproche ético a la empresa y que, en

segundo lugar, aunque no lo fuera, el obstáculo se supera definiendo la culpabilidad en términos jurídicos, y no éticos (pp. 93 ss.).

En tercer lugar, el autor debe analizar el problema de si puede afirmarse que la empresa actúa *con voluntad propia* y, por tanto, que existen delitos cometidos por la empresa. A este respecto, Jakobs ha defendido que si se toma la voluntad del órgano para construir la voluntad de la persona jurídica, entonces no es posible hacer penalmente responsable al órgano. Así pues, según Jakobs, si se «transfiere» a la persona jurídica la voluntad de sus miembros para construir la responsabilidad empresarial, ya no es posible construir la responsabilidad penal de los miembros. Gómez-Jara considera que la crítica es correcta, pero que al tiempo no afecta al planteamiento que él defiende, en el cual la culpabilidad de la persona jurídica no se construye a partir de la del órgano, sino de modo autónomo (pp. 98-100). Es más, el autor concibe el delito de la empresa como una expresión de sentido conjunta de la empresa y la persona física que actúa: la empresa configura el marco y la persona física actúa como ejecutor; según esto, a la empresa no se le atribuye un hecho ajeno, sino propio. Y precisamente porque la empresa tiene la libertad de configurar el marco previo en el que la persona física ejecuta el delito, se puede afirmar su culpabilidad (pp. 105-107). La autopoiesis de la empresa y la de la persona física que ejecuta no se excluyen mutuamente, sino que están diferenciadas, pues la organización y la persona física están compuestas por comunicaciones distintas. Por ello, responsabilidad empresarial y responsabilidad de la persona física no se excluyen mutuamente (pp. 108 ss.).

En cuarto lugar, el autor se enfrenta a la crítica de Jakobs, según la cual la empresa no puede ser considerada persona en Derecho penal porque carece de *autoconciencia comunicativamente competente*. En efecto, según Jakobs, el concepto de persona jurídico-penal presupone una autoconciencia comunicativamente competente que aparezca como capaz de comprender el significado de la norma y hacerla suya o rechazarla; cuando se intenta constatar tal autoconciencia en la empresa, aparecen, según este autor, dos dificultades irresolubles, a saber, que no se puede imputar a la empresa la autoconciencia del órgano (puede no ser la misma en el momento del delito que en el de la imposición de la pena, así que falla el criterio de identidad) y, sobre todo, que la empresa carece de una autoconciencia propia entendida como «saberse libre a sí misma». Gómez-Jara considera que este último argumento no es un verdadero obstáculo para afirmar que las empresas son personas jurídico-penales, pues para la teoría de los sistemas autopoieticos la capacidad de autorreflexión de un sistema psíquico (individuo) es idéntica a la de un sistema social (la empresa) (p. 112). En su opinión, los planteamientos como el de Jakobs (también el de Von Freier) parten de una concepción antropocéntrica de la autoconciencia y, por ello, excluyen la autorreferencialidad de la empresa como forma de autonomía (p. 114). Sin embargo, Gómez-Jara, siguiendo a Teubner, considera que la operación de la comunicación tiene la misma autorreferencialidad que la conciencia. Esta última es la autoobservación de un sistema psíquico y es idéntica a la operación de autoobservación de la empresa. Así pues, ser humano y empresa son sistemas autopoieticos que construyen su propia identidad sobre la base de sus operaciones

autorreferenciales, las cuales, a su vez, son observadas y descritas por el sistema jurídico; este último reconstruye la atribución de personalidad sobre la base de sus observaciones (pp. 115 ss.). Ahora bien, para el Derecho penal no es suficiente cualquier clase de autoobservación para atribuir al sistema empresa la condición de persona jurídico-penal, sino que la autoobservación debe presentar cierta complejidad. Por ello, al igual que no todos los seres humanos tienen capacidad de culpabilidad, tampoco todas las empresas tienen la suficiente complejidad para que les sea atribuida tal capacidad (p. 117).

En quinto y último lugar, en este segundo capítulo de su obra, Gómez-Jara hace frente a la objeción de que la empresa no puede ser *destinataria de la norma de conducta* porque carece de capacidad de acción. Según la objeción, el destinatario de la norma de determinación es, en todo caso, la persona física que actúa en nombre de la empresa y esta última es, únicamente, destinataria de una norma de valoración; así, por ejemplo, Silva Sánchez entiende que la falta de libertad y autoconciencia de la persona jurídica impide que ésta sea destinataria de la norma de determinación (en esta línea, aunque con diferencias, Gracia Martín). Frente a estos planteamientos, Gómez-Jara considera que se puede prescindir de las normas de conducta en Derecho penal y abrir así las puertas a la responsabilidad penal de la empresa (p. 125). El autor también debe responder a Schünemann, quien precisamente con base en la teoría de los sistemas formula una objeción a la consideración de la empresa como destinatario de la norma penal, a saber, que las normas dirigidas a los individuos son distintas de las dirigidas a la organización empresarial: mientras las primeras se dirigen a proteger directamente bienes jurídicos, las segundas los protegen indirectamente, pues su contenido es el de mantener una organización perfecta que prevenga la comisión de delitos. Estas normas dirigidas a las empresas forman parte del Derecho reflexivo (sistemas autopoieticos) y a su infracción no se debe responder con penas, sino con medidas de seguridad. Gómez-Jara considera que este planteamiento incurre en el error de no admitir que también el individuo es un sistema autopoietico y que, por ello, el Derecho puede responder del mismo modo a la infracción de normas cometidas por aquél que a la infracción de una norma por parte de una empresa; en su opinión, la diferencia estructural entre normas dirigidas a individuos y normas dirigidas a la organización empresarial que predica Schünemann no existe (p. 130). En definitiva, Gómez-Jara considera que desde una perspectiva sistémica, empresa e individuo son sistemas autopoieticos cuya actuación el Derecho no puede pretender conducir de manera inmediata desde el exterior. El Derecho solamente estimula la autoconducción de los sistemas, tiene frente a ellos expectativas normativas de organización a cuya defraudación (infracción de la norma) puede responderse con la pena (p. 132).

III

Tras responder a las objeciones a la construcción de una responsabilidad penal de las empresas, Gómez-Jara dedica la siguiente parte de su obra a

analizar los posibles *modelos de fundamentación de la culpabilidad empresarial* propuestos en la doctrina (capítulos III y IV). El autor los clasifica en modelos de *heterorresponsabilidad* (atribución de la culpabilidad ajena) y modelos de *autorresponsabilidad* (atribución de la culpabilidad propia). Los modelos de heterorresponsabilidad abundan en la doctrina, pues evitan la difícil tarea de fundamentar una culpabilidad propia de la empresa. Su objetivo es encontrar un principio que permita atribuir a la empresa la culpabilidad de la persona física que actúa en su seno. En este sentido, algunos autores han propuesto el principio del beneficio derivado del hecho para la empresa, pero esta lógica parece ajena a las reglas de atribución del Derecho penal (p. 142). Por ello, han aparecido otras propuestas como la de Hafter, quien, a partir de la voluntad de los miembros de la empresa, construye una voluntad propia de esta última; esto le permite fundamentar la culpabilidad de la «persona conjunto» y diferenciarla de la de sus miembros, aunque, a su vez, la hace depender de estos últimos (pp. 143-145). Por su parte, Busch considera que la empresa o asociación puede cometer delitos, los cuales son la expresión del espíritu normativo de la asociación; este autor fundamenta la culpabilidad de la colectividad en la infracción por parte de todos sus miembros de sus deberes (en cuanto a la formación del espíritu de la asociación), infracción que solamente puede suponerse. Esta suposición de la infracción de deberes por parte de los miembros de la asociación (culpabilidad supuesta con base en su participación económica en la asociación) hace que la concepción de Busch sea inadmisibles; además, se trata, de nuevo, de una culpabilidad empresarial derivada de la culpabilidad individual de los miembros (p. 149). Otra propuesta que Gómez-Jara analiza es la construcción de la culpabilidad empresarial como una culpabilidad por la organización defectuosa de la propia empresa o por la ausencia de tal organización (*Organisationsverschulden*). Para esta concepción de la culpabilidad (Tiedemann, Brender), que nace esencialmente para el Derecho contravencional y ha sido progresivamente desplazada al Derecho penal, la omisión de las medidas dirigidas a asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo (infracción de los deberes de garante de la empresa) permite hacer a la empresa responsable de las infracciones cometidas por la persona física (hecho de conexión) (p. 152). El problema de la no coincidencia temporal de la infracción de deberes de la empresa y el hecho de la persona física lo resuelve Tiedemann mediante el recurso a la estructura de la *actio libera in causa*. En este planteamiento, la culpabilidad de la empresa no solamente permite hacerle responsable de su déficit de organización, sino de los hechos delictivos cometidos por sus personas físicas. Gómez-Jara considera que, en primer lugar, al exigir un hecho de conexión, esta concepción no logra resolver satisfactoriamente los casos de «irresponsabilidad organizada»; en segundo lugar, añade que la única posibilidad que esta teoría ofrece a la empresa para quedar exenta de culpabilidad es la demostración de que no existe el hecho de conexión, pues una vez éste queda probado, se afirma automáticamente su culpabilidad; en su opinión, ello no es admisible, pues implica prácticamente una especie de responsabilidad objetiva (p. 159);

en tercer y último lugar, este planteamiento tiene la consecuencia indeseada de que, al transferirse la culpabilidad de la persona física responsable a la empresa, la culpabilidad de esta última excluye la de la persona física que ejecutó el hecho. Semejantes problemas presentan también, según Gómez-Jara, otros conceptos de culpabilidad empresarial contruidos sobre la base de la culpabilidad del órgano (Schroth y, aunque en otros términos, Hirsch y Ehrhardt), pues aquéllos hacen depender de nuevo la construcción de la culpabilidad empresarial de una culpabilidad ajena que, esta vez, es de naturaleza colectiva (p. 163, p. 166, pp. 169 s.). En opinión del autor, el camino correcto a seguir es el de fundamentar una responsabilidad propia de la empresa que no conlleve la exclusión de la responsabilidad de la persona física que actúa y que, al tiempo, admita causas de exclusión de la culpabilidad; ello puede lograrse con apoyo en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, entre los que se cuenta tanto la empresa como el ser humano (pp. 174 ss.).

A continuación (capítulo IV) el autor examina los modelos de responsabilidad penal genuina de la empresa y, en concreto, las propuestas de Lampe y de Heine. Lampe parte de que las empresas con tendencia criminal pueden considerarse «sistemas de injusto» de los que surgen «injustos de sistema», esto es, comportamientos que lesionan bienes jurídicos y que o bien concuerdan con la filosofía de la empresa (responsabilidad por la filosofía de la empresa) o bien son favorecidos por su estructura organizativa (responsabilidad por la organización empresarial). Para fundamentar la responsabilidad de la empresa es necesaria la concurrencia de un injusto personal de uno de sus miembros, al igual que en el delito imprudente se requiere un resultado. La concurrencia de cualquiera de estos dos injustos de sistema da lugar a un reproche ético-social dirigido a la empresa, en concreto, a su «defectuoso carácter empresarial». Ahora bien, la afirmación de la responsabilidad empresarial no excluye la responsabilidad de las personas físicas que tenían el deber de generar una correcta filosofía empresarial o de organizarla. El concepto de culpabilidad por el carácter en el que se basa Lampe para afirmar la responsabilidad penal de la empresa ha sido fuertemente criticado, en primer lugar, porque no existe propiamente un «carácter» de la empresa; sin embargo, desde la teoría de los sistemas, la capacidad de autorreflexión que va vinculada al carácter también puede predicarse de sistemas autopoieticos distintos al ser humano, así que esta crítica no es definitiva (pp. 183 ss.). Más difícil de superar es la segunda crítica dirigida al concepto de culpabilidad que maneja Lampe, a saber, que la culpabilidad por el carácter es una concepción claramente rechazada por la dogmática moderna (p. 184). El mismo Lampe ha intentado superar esta crítica arguyendo que su concepción respeta el principio del hecho: el hecho de la empresa es la misma existencia de la filosofía o de la organización empresariales. Gómez-Jara valora positivamente la defensa que Lampe hace de su planteamiento, pero considera que sería más convincente definir la pena impuesta a la empresa con base en la teoría de la prevención general positiva, esto es, como la respuesta a la responsabilidad por el ejercicio defectuoso de su

libertad organizativa (p. 185). Por su parte, Heine concibe la responsabilidad penal de la empresa como la gestión defectuosa de los riesgos de la actividad empresarial. Esta gestión defectuosa constituye una infracción de los deberes de garante de evitación de tales riesgos. Esos deberes surgen del dominio funcional-sistémico (en los términos del Derecho reflexivo de la teoría de los sistemas) que tiene la empresa. Para poder afirmar la responsabilidad penal de esta última es necesaria, junto a la gestión defectuosa, la concurrencia de una realización externa del riesgo típico de la empresa. Sin embargo, con el objetivo de abarcar tanto la dimensión temporal de la responsabilidad de la empresa (el hecho de que generalmente los déficits en la gestión del riesgo se desarrollan durante mucho tiempo y no pueden reconducirse a decisiones individuales) como la actitud empresarial (la cultura empresarial deficiente), Heine recurre a un concepto de culpabilidad denostado en la dogmática, a saber, el de la culpabilidad por la conducción de la vida (pp. 189 ss., p. 192). Para superar este defecto, Dannecker, al desarrollar el planteamiento de Heine, sustituye este concepto de culpabilidad por el de culpabilidad como reprochabilidad, propio de la culpabilidad individual, reformulándolo en términos de reproche ético-social a la empresa. En opinión de Gómez-Jara, a este planteamiento le falta una fundamentación material de la culpabilidad (p. 196).

V

Gómez-Jara considera que los problemas de estos planteamientos que afirman la existencia de una responsabilidad penal genuina de la empresa solamente pueden superarse construyendo la culpabilidad empresarial a partir de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos. A ello dedica la última parte de su libro (capítulo V). Según esta teoría, el Derecho, la empresa y el ser humano son sistemas autopoieticos: los primeros son sociales –el Derecho, funcional, la empresa, organizativo– y el último es psíquico. Por una parte, el Derecho es un sistema funcional compuesto por comunicaciones jurídicas y es autopoietico porque se reproduce mediante la producción continua de comunicaciones jurídicas en virtud de comunicaciones jurídicas anteriores. Esa autorreferencialidad determina que no tenga acceso ni al sistema empresa ni a los sistemas psíquicos, sino que construya una imagen de ellos a la que atribuye comunicaciones jurídicas; estas últimas son, en el del sistema del Derecho penal, comunicaciones jurídico-penales. Ahora bien, para atribuir comunicaciones jurídico-penales de culpabilidad/pena a un sistema, el sistema jurídico-penal exige que el sistema en cuestión presente determinados indicios de autorreferencialidad (pp. 203 ss.). Por otra parte, la empresa es un sistema organizativo compuesto por decisiones; su autopoiesis, consistente en la reproducción continua de decisiones, la cierra frente a los entornos humano y social, así que solamente puede construir una imagen de ellos. Esa construcción de las propias realidades permite a la empresa desarrollar una capacidad epistemológica (conocimiento organizativo) y de aprendizaje que la dotan de la com-

plejidad suficiente para predicar de ella la capacidad autoorganizativa y de autorreflexión que la independizan del entorno (p. 204).

Gómez-Jara considera que la teoría que permite incorporar el paradigma de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos al ámbito del Derecho penal es el normativismo funcionalista de Jakobs, quien, si bien no acepta todos los postulados de la teoría de los sistemas y llega a conclusiones distintas de las de esta última, parte de que la sociedad es comunicación y ofrece un concepto de culpabilidad (funcional-personal) que puede ser compatible con el paradigma de la teoría de los sistemas. Gómez-Jara se apoya en ese concepto de culpabilidad, pero lo reformula de la mano de la teoría epistemológica adoptada por la teoría de los sistemas, a saber, el constructivismo operativo, y elabora un *concepto constructivista de culpabilidad* que le permite fundamentar la culpabilidad empresarial –la cual es, precisamente, rechazada por Jakobs– (pp. 210 ss.). Gómez-Jara también se distancia del planteamiento de Bacigalupo Saggese, quien, si bien parte de la teoría de los sistemas, fundamenta la responsabilidad empresarial en la actuación de personas físicas y en el hecho de conexión y, de este modo, propone, en realidad, un modelo de heterorresponsabilidad empresarial (pp. 212 ss.). El concepto constructivista de culpabilidad de Gómez-Jara parte de que la sociedad se explica como comunicación y, por ello, delito y pena también son comunicaciones (expresión de sentido que cuestiona la vigencia de la norma y expresión de sentido que reafirma tal vigencia, respectivamente) que tienen lugar en la sociedad. Este planteamiento se enriquece con el concepto de la comunicación personal, en la que el participante reconoce al otro como igual, como persona y, de ese modo, se reconoce a sí mismo como persona. Así pues, la comunicación personal define a los individuos como personas. Cuando entre los sujetos se generan expectativas (comunicaciones) sobre comportamientos y sobre expectativas ajenas se desencadena un proceso de reflexión social que desemboca en la institucionalización de expectativas sociales. Y la teoría de los sistemas identifica precisamente las expectativas reflexivas como determinantes del nacimiento de la autopoiesis social. Cuando las expectativas se rigen por el esquema derecho/deber, se pueden denominar normativas y dan lugar a la autopoiesis jurídica (p. 217). Con todo, Gómez-Jara es consciente de que a este planteamiento se le dirigen numerosas críticas: además de las habituales (que la culpabilidad carece de fundamento material y que conduce a instrumentalizar al individuo), se critica que el planteamiento no explica por qué es necesaria la ejecución de la pena para reestabilizar la vigencia de la norma y no basta con la sentencia y, además, se que la argumentación del normativismo funcionalista es circular (pp. 218 ss.).

A continuación, Gómez-Jara desarrolla *el concepto de persona en el Derecho penal empresarial*. El autor parte del concepto de persona de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, para la que la persona en Derecho es un constructo propio del sistema jurídico, constructo al que se le atribuyen libertades y deberes y que constituye una identidad unitaria indivisible a la que se dirige la imputación («limitación individualmente atribuida

de posibilidades de comportamiento»). El sistema jurídico no tiene acceso al interior de la persona (sea la psique, sea la organización empresarial), el cual no comunica nada al sistema jurídico, sino que, a lo sumo, lo irrita (es energía, no información). Por ello, el sistema jurídico solamente construye una imagen jurídica (normativa) de la persona. Esta última sirve de acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el psíquico y entre aquél y el sistema empresarial (pp. 222 ss.). Ahora bien, el sistema jurídico no dota a cualquier cosa de la condición de persona, sino que exige cierta autorreferencialidad a un sistema para considerarlo persona jurídico-penal. Mediante sus comunicaciones jurídicas (las expectativas normativas), el sistema jurídico atribuye a la persona derechos y deberes, que puede definirse entonces como haz de derechos y deberes o punto fijo de expectativas normativas (p. 226). Para que la persona como constructo comunicativo del Derecho tenga vigencia, es necesario que las normas de ese sistema estén vigentes; por eso, en caso de que se cuestione la vigencia de la norma, ésta debe ser reafirmada; tal reafirmación de la vigencia de la norma es, a la vez, reafirmación de la condición de persona (p. 226). En el sistema jurídico-penal, la persona se caracteriza por una fidelidad al Derecho que es estandarizada y que no puede entenderse como actitud interna, pues el interior de la persona es inaccesible al sistema jurídico-penal. La fidelidad al Derecho es, pues, el rol de ciudadano fiel al Derecho. A este respecto, Gómez-Jara, siguiendo a Jakobs, precisa que el sistema jurídico-penal atribuye el rol de ciudadano fiel al Derecho (vinculado a la culpabilidad) solamente a la persona jurídico-penal activa, concepto que coincide con el de sujeto activo –y no a la persona jurídico-penal pasiva (sujeto pasivo). La persona jurídico-penal activa es aquélla que dispone de la competencia para enjuiciar de modo vinculante el Derecho y que actúa conforme a un esquema de deber y libertad. A ello añade Jakobs que a la persona jurídico-penal activa se le debe adscribir una autoconciencia comunicativamente competente, que este último autor reduce a los seres humanos y Gómez-Jara, en cambio, extiende a ciertas empresas suficientemente complejas para ser consideradas sistemas autopoieticos (p. 227). En efecto, Gómez-Jara considera que la empresa puede encuadrarse en el concepto de persona jurídico-penal activa porque, aun cuando no tiene capacidad de acción, sí tiene capacidad de autoorganización, la cual es un equivalente funcional de la capacidad de acción de las personas individuales e implica que la empresa esté dotada de libertad (competencia organizativa) para respetar las normas penales o cuestionar su vigencia. El autor considera que la tesis de que la empresa tiene aquella competencia organizativa que es requisito para poder afirmar su personalidad jurídico-penal activa viene respaldada por los planteamientos de Heine y Bottke. Según el primero, el dominio de la organización funcional sistémico por parte de la empresa es un equivalente del dominio del hecho propio del Derecho penal individual; según el último, la empresa tiene atribuida la competencia sobre la organización de una serie de contactos sociales. Pues bien, ambos planteamientos van en la línea de construir una competencia organizativa de la empresa que permite fundamentar su respon-

sabilidad penal (pp. 230 ss.). Además, la explicación de la competencia del mismo Jakobs le proporciona argumentos que refuerzan su tesis: a la persona se le atribuye un ámbito de organización con el deber de que de él no se desprendan riesgos no permitidos y, como sinalagma de esa libertad, se le carga con la consiguiente responsabilidad por las consecuencias derivadas de la propia organización (p. 236). Para Gómez-Jara, la atribución de capacidad autoorganizativa a la empresa deriva de que esta última es un sistema autopoietico organizativo que no consiste en la suma de sus miembros, sino de sus comunicaciones, que son las decisiones. La empresa como sistema organizativo es independiente de sus miembros y se caracteriza por la autoconducción, la autorregulación y la autoadministración; además, posee, como sistema cognoscente, un conocimiento organizativo distinto del de sus miembros. Así pues, el sistema jurídico-penal atribuye a la empresa competencia organizativa, le reconoce una libertad de autoorganización cuyo sinalagma es la responsabilidad por las consecuencias y le dirige la expectativa «sé persona (autoorganízate) como persona y respeta a los demás como personas (de tal manera que de tu organización no deriven riesgos no permitidos para los demás)» (pp. 236 ss., p. 240).

A este concepto de persona jurídico-penal, Gómez-Jara añade el criterio para diferenciar qué clase de empresas gozan de culpabilidad penal. En su opinión, solamente puede predicarse la culpabilidad de aquellas empresas capaces de realizar operaciones de autoobservación tales que les permitan desarrollar la suficiente complejidad interna para poder hablar de autorreferencialidad. Cuando la autorreferencialidad es suficiente, la empresa puede convertirse en destinataria de las imputaciones jurídico-penales y, con ello, ser considerada persona en Derecho penal. En consecuencia, quedan fuera del concepto de persona jurídico-penal, por su falta de autorreferencialidad, las empresas unipersonales, las sociedades pantalla y las empresas con una complejidad insuficiente (pp. 242 ss.). Estas empresas son un simple caparazón de comportamientos de personas físicas, sobre las que deberá recaer la responsabilidad penal (levantamiento del velo) (pp. 247 ss.). Este planteamiento es coherente con el Derecho penal individual, el cual también diferencia entre seres humanos capaces de culpabilidad y otros que no lo son, por su falta de autoconciencia (por ejemplo, los niños). Para definir la autorreferencialidad suficiente (propia de los sistemas autopoieticos de orden superior), Gómez-Jara recurre a la teoría del hiperciclo desarrollada por Teubner (p. 246). Ahora bien, el autor admite que no es posible trazar un límite exacto entre la autorreferencialidad suficiente y la insuficiente, pues éste es un límite normativo.

Sobre la base de este concepto de culpabilidad empresarial, Gómez-Jara cierra su planteamiento con el análisis de los tres elementos que, a su entender, son los fundamentos materiales de la culpabilidad: la fidelidad al Derecho como condición de vigencia de la norma, la igualdad objetivada entre las personas y la posibilidad de cuestionar la vigencia de la norma mediante un procedimiento conforme a Derecho. Los tres se sintetizan en la figura del ciudadano fiel al Derecho, cuyo equivalente funcional en el ámbito empresarial es el ciudadano *corporativo* fiel al Derecho (p. 248).

Para definir este último concepto, el autor parte de la doctrina estadounidense sobre el *Good Corporate Citizen*, según la cual, para cumplir ese rol de buen ciudadano corporativo, la empresa debe autorregularse a sí misma a la luz de los parámetros externos que debe cumplir, crear los mecanismos internos necesarios para controlar su actividad y evitar la producción de peligros para el entorno social (p. 252). La doctrina estadounidense ha creado, además, los llamados *Effective Compliance Programs*, una especie de indicadores de esa cultura corporativa de respeto al Derecho que sirven, también en la práctica, como medio de determinación de la culpabilidad corporativa (pp. 253-258). Sobre la base de estas ideas, Gómez-Jara desarrolla los fundamentos materiales de la culpabilidad empresarial. El primero de ellos es la *fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma*. A diferencia con lo que ocurre con las reglas de la naturaleza, la vigencia de una norma del sistema social –y el sistema jurídico-penal es un sistema social– necesita de una condición –a la persona se le impone la tarea de cumplirla–, así como, en caso de infracción, de una garantía –ser reestablecida mediante una comunicación (la pena)–. Las personas deben procurarse por sí mismas la suficiente predisposición al cumplimiento de las normas; para que sea posible garantizar la interacción en una sociedad compleja como la nuestra, esta predisposición debe entenderse de manera estandarizada, objetivada. En caso de que la predisposición de cumplimiento al Derecho falle, el sistema debe llevar a cabo una comunicación dirigida a reestablecer la vigencia de la norma y, con ello, a reafirmar el sistema social puesto en duda por la persona infiel al Derecho (pp. 259 ss.). Pues bien, esta explicación general de la fidelidad al Derecho se concreta, en el ámbito empresarial, en el concepto de fidelidad *empresarial* al Derecho. La descentralización que caracteriza nuestra sociedad se manifiesta en las organizaciones empresariales, las cuales se han constituido en unidades autónomas de organización, productoras esenciales de dos elementos característicos de la sociedad, a saber, el riesgo y el conocimiento. Ante esta realidad, el Derecho debe transformarse: ya no puede aspirar a controlar directamente el contenido de las organizaciones empresariales, sino solamente a imponer a las empresas la tarea de «procurarse la necesaria fidelidad al Derecho» (p. 262) y a controlar el contexto en el que estas últimas ejecutan, mediante su autorregulación, tal tarea –es decir, el Derecho solamente puede pretender regular la autorregulación– (pp. 263 ss.). En concreto, la autorregulación de la empresa consiste en la actividad de esta última dirigida a generar su propia fidelidad al Derecho (p. 270), a mantener una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho mediante estructuras organizativas y a asignar, para ello, responsabilidades, procesos y recursos (p. 272). Una cultura empresarial de incumplimiento del Derecho, que no puede reconducirse a decisiones concretas, sino que está generada por la misma organización, cuestiona la vigencia de las normas y, por ello, constituye el equivalente funcional de la culpabilidad individual (p. 273).

El *segundo* fundamento *material* de la culpabilidad es la *igualdad objetivada entre las personas*. El reconocimiento de la igualdad entre las personas

unido a la estandarización en el sistema jurídico-penal de la voluntad de cumplir con la norma (deber de fidelidad al Derecho) implica que cuando se releva a alguien de ese estándar objetivo, ese sujeto deja de ser considerado persona y por ello no se le puede imponer una pena. En cambio, si aquél de quien se espera que cumpla con el estándar de la fidelidad al Derecho, esto es, aquél que es tratado como persona –porque se le asigna competencia para cuestionar la vigencia de la norma (tiene libertad de organización)– no respeta ese estándar de fidelidad al Derecho, se puede afirmar su culpabilidad e imponerle una pena en reconocimiento de su estatus de persona (pp. 274 ss.). Así pues, el concepto de culpabilidad se basa en la objetividad de la persona construida por el sistema social, no en la subjetividad del individuo (pp. 276 ss.). Pues bien, el *sinálgma* libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias tiene su equivalente funcional en el ámbito empresarial, a saber, el *sinálgma* libertad de (auto)organización-responsabilidad por las consecuencias de la actividad empresarial. Según este *sinálgma*, la empresa que en el ejercicio de su libertad de (auto)organización –la cual tiene su base en la libertad de empresa reconocida por la Constitución y en la obligación de controlar el riesgo generado dentro de los márgenes del riesgo permitido (p. 283)– infrinja su deber de mantener su esfera de organización dentro de los límites del riesgo permitido, deberá ser hecha responsable de las consecuencias (p. 278). De este modo, Gómez-Jara logra construir la culpabilidad empresarial sin recurrir a conceptos rechazados por la doctrina, como la culpabilidad por el carácter o la conducción de la vida. En efecto, el autor considera que la empresa es culpable *por su propio hecho*, el cual consiste en la configuración de un ámbito de organización (pp. 279 ss.).

El tercer fundamento material de la culpabilidad es que la persona tenga la *posibilidad de cuestionar jurídicamente la norma*, así como la de *participar en los asuntos públicos*. A la persona jurídico-penal se la trata como ciudadano, como alguien que puede participar en la producción común de sentido y, por tanto, puede cuestionar el sistema jurídico-penal, esto es, la vigencia de las normas. Cuando el ciudadano no emplea los mecanismos jurídicos previstos para cuestionar las normas, sino que lo hace mediante el delito, el sistema le responde con la pena. Pero nótese que la pena (y, con ello, la culpabilidad) solamente es admisible si el sistema garantiza la existencia de procedimientos jurídicos para cuestionar, dentro del sistema, las normas, sin cometer delito alguno. Por eso, en los Estados injustos en los que no se prevea un mecanismo jurídico dentro del sistema para cuestionar las normas, no puede legitimarse la culpabilidad. En consecuencia –y en este punto el autor se arrima a los planteamientos de Kindhäuser y Günther–, la pena solamente es legítima en una democracia deliberativa y jurídico-estatal (pp. 286 ss.). Pues bien, para poder afirmar la culpabilidad de la empresa, es necesario poder afirmar que la empresa tiene la posibilidad de participar en la producción común de sentido y en los asuntos públicos. Eso no significa que las posibilidades de participar en las instituciones democráticas de persona física y empresa deban ser las mismas (es evidente que no lo son, pues la persona jurídica no puede votar), sino que ambas han de

reunir un mínimo de posibilidades de participación en los asuntos públicos. Y en términos de la teoría expresiva de la pena (Feinberg), la empresa puede tener perfectamente un potencial expresivo equivalente al de las personas individuales: es reconocida en la sociedad como una presencia singular y tiene capacidad de expresar juicios morales independientes; de este modo, participa en la conformación de las normas sociales (aunque no pueda votar) y reúne, así, el mínimo de ciudadanía necesaria para tener culpabilidad (pp. 291 ss.). Para terminar, Gómez-Jara añade dos matices a la tesis su trabajo: por una parte, que los fundamentos propuestos para explicar la culpabilidad son los que fundamentan a su vez la pena; por otra, que debe tenerse en cuenta que la imposición de la pena a la empresa tiene un efecto positivo (prestación, no función) de promover o estimular la autorresponsabilidad empresarial (pp. 298 ss.).

VI

La propuesta de Gómez-Jara es coherente y, como indicó Jakobs en el informe sobre su tesis doctoral, la cual dio lugar a esta monografía (p. 20), quienes rechacen sus propuestas deberán enfrentarse a un aparato argumentativo muy potente. Ciertamente, el trabajo de Gómez-Jara no es solamente un trabajo muy formativo para el lector, sino que, además, afronta el problema de la responsabilidad empresarial de un modo novedoso. El autor formula una propuesta fuerte tanto en cuanto al método adoptado como en cuanto a las tesis defendidas. El resultado: la construcción de un concepto de culpabilidad capaz de abarcar, sin ser forzado, una responsabilidad penal genuina de la empresa que no depende de la previa constatación de la responsabilidad penal de sus miembros. Ahora bien, su planteamiento suscita algunas dudas, que expongo brevemente a continuación.

En primer lugar, el autor tiene la pretensión de construir una responsabilidad penal empresarial tal que pueda constatarse incluso en los supuestos en los que la organización defectuosa y/o la cultura empresarial que no fomenta el cumplimiento del Derecho no pueden ser reconducidas a comportamientos individuales de los miembros de la empresa. Que en ocasiones es realmente imposible explicar en términos de responsabilidad individual cómo una empresa ha llegado a tener organización defectuosa o una cultura delictiva es un hecho cierto. Y es ese hecho el que explica planteamientos como el de Lampe o el de Heine, ambos preocupados por dar cabida en el Derecho penal a esas situaciones (de filosofía u organización de empresa) no reconducibles a comportamientos individuales. Sin embargo, la pregunta es si esa dificultad o imposibilidad justifica la transformación del concepto de responsabilidad penal. Es cierto que la sociedad ha evolucionado, pues ha pasado de ser una sociedad de individuos a convertirse en una sociedad de las organizaciones. Sin embargo, ello no significa que el Derecho penal deba transformarse para extender el concepto de responsabilidad penal a esas organizaciones y bien podría sostenerse que el Derecho penal debe seguir limitado al mundo de la responsabilidad individual y que, para hacer frente

al fenómeno de los riesgos no permitidos producidos por las organizaciones (y, en concreto, por la empresa), debe recurrirse a respuestas distintas a la pena (medidas de seguridad, Derecho administrativo sancionador).

En segundo lugar, respecto al método empleado para abordar el problema, la pregunta que surge es si la teoría de los sistemas autopoieticos permite llevar a cabo un análisis *crítico* de un Derecho positivo concreto que, por ejemplo, prevea la responsabilidad penal de las empresas. Con otras palabras, la cuestión es si este método permite estudiar la legitimidad, desde una perspectiva de deber ser, de un ordenamiento jurídico-penal concreto que prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo cierto es que, en lo que alcanzo, parece que un análisis sistémico tiene la pretensión de ofrecer una descripción de cómo contempla el sistema jurídico-penal a la empresa, para sacar conclusiones sobre si la reconstruye como persona en Derecho penal o no lo hace. Por tanto, un abordaje de tales características parece tener que apoyarse en un sistema jurídico-penal concreto y, con ello, no puede ni distanciarse del sistema que es ni, por tanto, expresar su conformidad o disconformidad con él. En definitiva, el método no ofrece asideros «materiales» desde los que criticar la concreta configuración de un sistema jurídico-penal. Ahora bien, en la medida en que el autor afirma que los presupuestos que han de concurrir para que el sistema jurídico-penal atribuya la condición de persona dependen del entendimiento que tiene la sociedad de tales sistemas (p. 311), parece distanciarse de la identificación de sistema jurídico-penal con legislación penal y, con ello, parece abrir la puerta a la posibilidad de que el entendimiento social del sistema jurídico-penal y la legislación penal no coincidan; si esto es así, su método sí permite criticar una legislación penal concreta.

Gómez-Jara tiene razón cuando afirma que la teoría de los sistemas sociales autopoieticos no da pie a un relativismo absoluto en la construcción de la persona (un *anything goes*), pues los sistemas sociales no atribuyen la condición de persona a cualquier cosa, sino que exigen la concurrencia de determinados rasgos (pp. 224 ss.). No obstante, sí es cierto que esta perspectiva metodológica da lugar a un cierto relativismo, en la medida en que el estatus de persona depende de la configuración del sistema jurídico-penal o, en todo caso, del entendimiento social del sistema jurídico-penal y no de comunicaciones de otros sistemas como la ética social –pues estas últimas son entorno para el sistema jurídico– ni depende, por supuesto, de realidades ontológicas preexistentes, de modo que, al final, se incurre en una especie de inmanencia.

Así pues, hay que partir de que el método elegido tiene una pretensión descriptiva y no crítica respecto al sistema jurídico-penal y es dentro de ese marco donde debe dialogarse con la propuesta de Gómez-Jara. El aspecto que, desde esta perspectiva, resulta más problemático es la determinación de cuáles es el entendimiento social del sistema jurídico-penal. Parece que este «entendimiento social» no es tan inequívoco y claro que no podamos discutir sobre su contenido exacto, pues la descripción que se lleve a cabo de ese «entendimiento social» del sistema jurídico-penal depende de la propia perspectiva

de quien contempla el entendimiento social en cuestión. En concreto, tan posible es afirmar que la sociedad entiende el sistema jurídico-penal como un sistema que solamente requiere la autopoiesis de otro sistema (en este caso, de la empresa) para atribuir a este último la condición de persona jurídico-penal, como que el entendimiento social del sistema jurídico-penal considera que, para que el sistema jurídico-penal atribuya a otro sistema la condición de persona, es, además, necesario que el sistema «candidato» a ser considerado persona jurídico-penal presente la capacidad de recibir un reproche ético-social. Gómez-Jara despoja a las comunicaciones del sistema jurídico-penal de una dimensión ético-social, la cual parece ser una comunicación propia de otro sistema distinto y, por tanto, entorno para el sistema jurídico-penal. Sin embargo, como bien analiza el autor, para muchos autores la pena es reproche ético-social, lo cual les permite diferenciarla de otras sanciones del ordenamiento jurídico. De algún modo, para ellos, las comunicaciones del sistema jurídico-penal tienen un contenido ético. Y la pregunta que entonces se plantea es si ese modo distinto de construir las comunicaciones del sistema jurídico-penal puede traer consigo la consecuencia de que la persona jurídico-penal, constructo del sistema jurídico-penal, no solamente sea un sistema autopoietico, sino, además, un sistema dotado de capacidad de comportamiento ético. Desde luego, ello traería consigo dificultades para atribuir a la empresa la condición de persona jurídico-penal, esto es, para que el sistema jurídico-penal la incluyera en su constructo de persona, pues la empresa carecería, en un sistema penal así concebido, de la capacidad para cuestionar mediante el delito la vigencia de la norma. En definitiva, la pregunta es si a partir de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos no puede llegarse a una conclusión distinta a la del autor, en la medida en que se conciba en términos distintos el sistema jurídico-penal y sus comunicaciones (delito-pena). A esta cuestión podría responderse, desde la teoría de los sistemas, que, aun en caso de que se aceptara la idea de que las comunicaciones jurídico-penales tienen un contenido ético, no sería admisible que el sistema jurídico-penal exigiera, para otorgar a otro sistema la condición de persona en Derecho penal, que el sistema en cuestión tuviera la capacidad de recibir un reproche ético-social. Y ello, porque tal capacidad ética es algo que pertenece al interior del sistema y, por tanto, no es accesible al sistema jurídico-penal. No obstante, a esta hipotética respuesta proveniente de la teoría de los sistemas podría objetársele que si sería admisible admitir la exigencia de que la sociedad (desde fuera del sistema) contemple (construya) al sistema (sea éste psíquico, sea éste una empresa) como capaz de recibir un reproche ético. Y, entonces, cabría, por lo menos, discutir si la sociedad considera a la empresa capaz de recibir un reproche de tales características. En definitiva, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos como método para enfrentarse a la pregunta de si existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas puede conducir tanto a una respuesta afirmativa como a una respuesta negativa.

En tercer lugar, hay que destacar una aportación especialmente importante del trabajo de Gómez-Jara: al definir los fundamentos materiales de la culpabilidad, el autor explica que para considerar culpable a la persona debe

reconocersele la condición de *ciudadano*, lo cual implica que el sistema debe prever procedimientos jurídicos para cuestionar el orden vigente sin renegar de él (sin cometer delitos). Por ello, un Estado injusto en el que no existan tales posibilidades de cuestionar la configuración social, no puede atribuir legítimamente culpabilidad a las personas (p. 287). Este modo de fundamentar la culpabilidad permite excluir la legitimidad de la pena en Estados totalitarios o injustos y, con ello, introduce un límite *material* a la culpabilidad en Derecho penal –que, por cierto, no deriva de la teoría de los sistemas–. Si bien estas consideraciones son convincentes en lo que se refiere a la culpabilidad individual, surgen problemas a la hora de trasladarlas a la culpabilidad empresarial. Gómez-Jara considera que, pese a carecer del derecho al voto, la empresa sí reúne un mínimo de estatus de ciudadanía que permite afirmar su posibilidad de intervenir en lo público y en la producción común de sentido. En concreto, para poder fundamentar la culpabilidad empresarial es necesario que la empresa tenga a su alcance, al igual que las personas físicas, mecanismos jurídicos para cuestionar la vigencia de la norma sin tener que cometer para ello delito alguno. En el caso de una persona física, el Estado democrático le ofrece la posibilidad de cuestionar las normas vigentes, en concreto, mediante el ejercicio del derecho al voto. Sin embargo, las empresas no son titulares de tal derecho y, por ello, se plantea la duda de si los elementos que constituyen, según Gómez-Jara, la ciudadanía mínima de las empresas –a saber, esa presencia singular de la empresa, así como su capacidad de expresar juicios morales independientes– son suficientes para afirmar que estas últimas tienen a su alcance mecanismos jurídicos para cuestionar la vigencia de la norma. Y es que, aun cuando la empresa gozara de la capacidad de expresar juicios morales que le permitiera discrepar de las normas vigentes, lo cual es muy discutible, ¿sería tal capacidad un equivalente funcional de los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance la persona física para cuestionar la vigencia de tales normas?, ¿permitiría esa capacidad fundamentar la culpabilidad de las empresas con la misma legitimidad que se fundamenta la culpabilidad de las personas físicas con derecho al voto? Es muy dudoso que pudiera afirmarse tal equivalencia.

En cuarto lugar, la propuesta de Gómez-Jara de construir una culpabilidad genuinamente empresarial suscita muchas preguntas en torno a cómo se deben definir los elementos de la teoría del delito de la empresa penalmente responsable (dolo, imputabilidad, exigibilidad, etc.) sin buscarlos en el comportamiento de las personas físicas que forman parte de ella. Alguien podría pensar que la culpabilidad empresarial es análoga a la culpabilidad individual, pero el autor rechaza expresamente esa idea y pretende construir una culpabilidad empresarial que sea un equivalente funcional de la culpabilidad individual. Así pues, Gómez-Jara se ve obligado a seguir uno de estos dos caminos: o el de reformular los elementos de la teoría del delito y despojarlos, necesariamente, de elementos psíquicos, o el consistente en admitir una serie de equivalentes funcionales de las categorías del Derecho penal individual. Esta última es la solución por la que se decanta el autor, claramente en lo que respecta a la imputabilidad y a los elementos cognitivos como el dolo.

No obstante, esta solución suscita una pregunta: para construir en la empresa el equivalente funcional del dolo, ¿no es acaso inevitable partir de los conocimientos de personas físicas miembros de la empresa? Y si eso fuera así, tendríamos una especie de problema de «doble valoración», porque un mismo elemento, como, por ejemplo, los conocimientos del administrador de una sociedad, serviría para construir su responsabilidad individual y, a la vez, para conformar el conocimiento perteneciente «a la empresa». En definitiva, la duda que la propuesta de Gómez-Jara suscita es si, al final, es irremediable llevar a cabo una «transferencia» de los elementos del delito desde los miembros (personas físicas) de la empresa a esta última para construir los elementos de la responsabilidad penal empresarial y si, en este sentido, tiene razón Jakobs cuando afirma que la construcción de la responsabilidad penal empresarial debería bloquear la posibilidad de castigar a las personas físicas responsables (en el planteamiento de Gómez-Jara, corresponsables con la empresa) del delito. Probablemente la respuesta de Gómez-Jara es que, aun cuando un mismo elemento cognitivo dé lugar a dos comunicaciones distintas (la de la empresa y la de la persona física), ello no implica una doble valoración, pues a cada uno se le castiga por su comunicación, su delito. No obstante, para que esa respuesta fuera admisible debería demostrarse que las dos dimensiones de ese comportamiento de la persona física, a saber, la de delito de esta última y la de elemento del delito de la persona jurídica, afectan a dos intereses distintos, y ahí es donde vuelven a surgir los problemas.

En quinto lugar, la construcción de una responsabilidad empresarial sigue preocupando cuando se examina desde el principio de personalidad de las penas. Ciertamente, en el esquema de Gómez-Jara, la persona destinataria de la pena como comunicación es la empresa y, en ese sentido, el destinatario de la pena es el responsable del delito. Sin embargo, la ejecución material de la pena recae sobre personas físicas que no son las responsables del hecho de la empresa. ¿Es admisible que el aspecto aflictivo de la pena recaiga sobre una persona distinta de quien es penalmente responsable? En el planteamiento del autor, la empresa es persona porque el sistema jurídico-penal la construye como tal. Que el sistema jurídico-penal responda al delito de la empresa con la pena como comunicación jurídica, no parece problemático. Sin embargo, cuando se abandona el plano comunicativo y se analizan las consecuencias materiales de la pena, resulta que el constructo persona-empresa está formada por seres humanos –que a la vez tienen su propia condición de persona–, que son quienes sufrirán las consecuencias materiales de la pena. Y ahí es donde se plantea la pregunta de si es posible «comunicar» mediante la pena a la empresa, como persona construida del sistema, una comunicación jurídica, sin que este constructo tenga una base cognitiva propia que sufra la parte cognitiva de la pena. Quizá hay que preguntarse si no existen acaso límites externos al constructivismo propio de la teoría de los sistemas.

NURIA PASTOR MUÑOZ

Doctora en Derecho. Profesora Lectora de Derecho penal
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria: *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 734 pp.

I

En la decimotercera edición de su manual, nos enseñaba Von Liszt que «si falta la conciencia de la cooperación, el concepto de coautor es imposible» (1). Entonces. Sin embargo, casi un siglo después de sus palabras, la comprensión de este instituto no ha variado sustancialmente en el discurso mayoritario. La exigencia de un nexo subjetivo entre los distintos actores sigue constituyendo la base de la coautoría. Se arguye al respecto que es, precisamente, esta vinculación subjetiva la que «permite hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás» (2). También «la propia configuración estructural de la realización de una acción entre varios (una acción distinta y superior a las acciones individuales de cada uno de ellos)» (3), así como –materialmente– en un componente cualificado de peligrosidad (4). Y es sólo recientemente cuando ha comenzado a cuestionarse su significado e incluso, su necesidad. Desde un punto de vista problemático, parece que una sociedad como la actual, donde se ofrecen espacios en los que interaccionan innumerables personas o se generan posiciones normativas que vinculan a numerosos sujetos con una o varias fuentes de peligro, sin necesidad de que acuerden nada al respecto, va exigiendo una adaptación de la superestructura jurídica vigente. Hoy ya no resulta creíble que la comprensión de autores como Von Liszt o Binding agoten las posibilidades de desarrollo que ofrece la coautoría. Materialmente, las razones expuestas encuentran su última réplica en esta importante obra de García del Blanco.

Como se advierte en este y otros recientes trabajos, la resolución conjunta es objeto actualmente de un intenso debate doctrinal. Se discute su conformación, mediante elementos volitivos o simplemente intelectuales, su significado como elemento definitorio de este instituto e incluso, su necesidad, entre otros aspectos. Por el peso de las razones esgrimidas, es posible

(1) VON LISZT, Franz/SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1921, p. 221.

(2) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 656. En un sentido próximo, ZIMMERL, Leopold: *Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*, ZStW, 49, (1929), pp. 43 ss., para quien el coautor, a través de la resolución conjunta, se «apropia» de lo que no ejecuta personalmente, permitiendo así su imputación. Anteriormente, también, v. BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, t. IV, Felix Meiner, Leipzig, 1920, p. 589.

(3) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, cit. núm. 2, p. 659 núm. 398.

(4) Así, por ejemplo, v. DENCKER, Friedrich, *Kausalität und Gesamttat*, Dunccker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 217 ss.

adivinar que la tradicional comprensión de este instituto encontrará pronto su ocaso. Resta la duda de si su actual componente subjetivo, la denominada resolución conjunta, conservará algún papel en su futuro desarrollo, ninguno o, como sugiere García del Blanco debiera diluirse como mero indicio de conocimiento individual en los juicios de imputación de desvalor de acción y resultado.

II

En el capítulo primero de la obra, la autora sitúa el discurso sobre la coautoría en el marco de los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad y proporcionalidad. Así, tras un breve repaso de la reciente doctrina jurisprudencial sobre el primero de éstos, la autora avanza ya su expresa preocupación por la técnica legislativa (pp. 54 ss.), planteando entre otras cuestiones, la necesidad de establecer si el significado de la coautoría en términos de imputación «está recogido en el texto del Código Penal, si no de forma expresa al menos sí de forma implícita. Y de estarlo, si resultaría conforme al mandato de determinación» (5). Seguidamente, señala su vigencia en la labor hermenéutica, también en el desarrollo de la teoría de la autoría y participación (pp. 64 ss.). Avanza aquí su interés por «el estudio de la interpretación de la figura mantenida por la jurisprudencia..., una vez que se afirma haber abandonado la antigua teoría del acuerdo previo» (p. 74). En relación con el principio de culpabilidad, señala –en cuanto a su comprensión como principio de responsabilidad por el hecho– la necesidad de revisar «la importancia que debe otorgársele al mutuo acuerdo» en la conformación de esta figura (6). Mientras que –en términos de imputación– plantea «la cuestión de si el principio de imputación recíproca de las aportaciones de los coautores, que parte de la doctrina afirma como consecuencia directa de la actuación conforme al mutuo acuerdo resulta conforme al principio de responsabilidad personal o autorresponsabilidad como límite de la responsabilidad penal» (7). García del Blanco traduce sus reflexiones en términos de consecuencia jurídica (pp. 86 ss.). En relación con el principio de igualdad, nos ofrece una nueva aproxima-

(5) García del Blanco, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 64; apuntando al respecto, p. 63, que «el fundamento, el contenido y los límites del principio de imputación recíproca resultan cuestiones de especial trascendencia por suponer la comprobación de la relevancia o irrelevancia de la coautoría como estructura delictiva con entidad propia conforme a los límites de la responsabilidad penal impuestos por el Ordenamiento Jurídico».

(6) GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 86, señalando también la necesidad de revisar construcciones que tienden a sustentar la imputación en meras «intenciones, expresadas previamente a la ejecución del delito en forma de complot, por ejemplo, o de acuerdo previo».

(7) GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 96, si bien el discurso crítico excede de los aspectos comentados; así, en relación con las medidas de seguridad, por ejemplo, v. p. 91 núm. 170.

ción a la jurisprudencia reciente; también nuevas dudas al respecto: «¿la consecuencia jurídica aplicable a cada coautor derivada de la realización conjunta del hecho debe ser o no la misma que le correspondería por la realización individual del mismo hecho (8)?». Se trata, con otras palabras, de «si el principio de igualdad se vería infringido en alguna manera estableciéndose consecuencias más gravosas para la realización de un hecho con intervenciones parciales de cada coautor que las que corresponderían a la realización individual del mismo hecho». Finalmente, en cuanto al principio de proporcionalidad, replantea esta última cuestión así como su armonización con agravantes que se sustentan en actuaciones plurales o la relevancia de los elementos subjetivos (pp. 117 ss.).

El capítulo segundo se desenvuelve ya a nivel de Código Penal. Tras una breve aproximación a los artículos 27 y siguientes del Código, la autora toma partido por una comprensión declarativa del artículo 28 en relación con la figura de la coautoría (9). Entiende García del Blanco que, coherentemente «con un concepto restrictivo de autor, cualquiera que sea la forma de autoría a la que nos estemos refiriendo –tanto autoría inmediata individual, autoría mediata, como coautoría–, el concepto de autor deriva [no de los artículos 27 y siguiente del Código sino] de la interpretación de los tipos de los Libros II y III del Código Penal. Es decir, autor será ese ‘el que’ con el que comienza normalmente la descripción de la conducta tipificada si realiza la misma de forma completa» (10). Advierte, sin embargo, razones a favor de su referencia expresa, básicamente: seguridad jurídica (11), economía legislativa (12) y un favorecimiento en esta sede de las compren-

(8) Invitando a analizar posibles estridencias jurisprudenciales, cfr. GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria: *op. cit.*, p. 105; en relación con el principio de culpabilidad, también v. pp. 96 ss.

(9) Sobre las comprensiones constitutivas, esto es, aquéllas que entienden «que el artículo 28, primer párrafo, al mencionar expresamente la realización conjunta del hecho y calificar como autor al sujeto que realiza parcialmente el hecho, conjuntamente con otros que también llevan a cabo una realización parcial, está ampliando el círculo de sujetos susceptibles de ser calificados como autores de los tipos de los Libros II y III del Código Penal», críticamente v. GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, pp. 125 ss.

(10) GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 141; en términos similares, insiste en p. 152: «para poder afirmar que es autor *stricto sensu* el que realiza el hecho, total o parcialmente, de forma directa o mediata, e independientemente de que lo realice de forma individual o que con su realización parcial confluyan simultánea o sucesivamente las conductas de otros sujetos, no es necesario su reconocimiento expreso en el Libro I del Código Penal. Pues bien se extrae dicha calificación directamente de los tipos de los Libros II y III del Código Penal».

(11) Superando así «las posibles discusiones que desde antiguo venían manteniéndose sobre si la autoría mediata o la coautoría eran verdaderas formas de autoría», GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 153; en relación con la autoría mediata, también v. p. 143.

(12) Frente a su mención en cada precepto, *ibidem*.

siones restrictivas (pp. 154 ss.) (13). Aunque también en contra, entre otros motivos, por la existencia de «múltiples combinaciones que no estarían legalmente admitidas de forma expresa, pero que no se oponen al tenor literal del precepto» (cfr. pp. 156 ss.). Seguidamente, la autora aborda el estudio del término coautoría en el artículo 576 del Código Penal (pp. 164 ss.), si bien concluye «que nada aporta el artículo 576, salvo quizás más confusión, a la interpretación de la expresión realización conjunta del hecho recogida en el primer párrafo del artículo 28 del Código Penal» (14). En la parte final de este capítulo, la autora aborda la interpretación del concepto «hecho», en el sentido del artículo 28 del Código Penal. García del Blanco lo concreta en un sentido fáctico –luego, no normativo–, como «ese estado de cosas desvalorado socialmente y reflejado en los tipos por el Ordenamiento Jurídico-penal. El hecho que realiza el autor será un acontecimiento negativo real sobre concretos objetos materiales a los que se atribuye algún valor» (p. 188). Sobre este acontecimiento real disvalioso, explica, «el legislador crea determinadas plantillas de responsabilidad para encajar la responsabilidad de sujetos que intervienen en su producción o que no lo evitan y cuya conducta es... jurídico penalmente antijurídica» (p. 189). De este modo, García del Blanco cierra el marco constitucional y legal para la explicación de la coautoría.

En el capítulo tercero, relativo al tipo objetivo de la coautoría, ubica la autora la discusión sobre el concepto de autor. García del Blanco señala la amplitud del marco normativo en esta materia (pp. 192 ss.). También el significado autónomo del discurso para la técnica legislativa: «el que exista, o incluso que deba existir, un concreto concepto de autor legalmente impuesto resulta en todo caso discutible. En este sentido, parece poco adecuado teniendo en cuenta la situación actual de la doctrina española en materia de autoría y participación que el legislador imponga o asuma un concepto dogmático de autor... el legislador debe limitarse a crear un marco normativo en el que quepan diferentes opciones doctrinales» (p. 192). En esta parte de la obra, a medida que va exponiendo las diversas teorías, García del Blanco desarrolla un importante aparato crítico. En este sentido, acierta a objetar a quienes diluyen la autoría y participación en criterios cuantitativos la vaguedad de sus propuestas, así como su preocupación por «determinar las conductas jurídico-penalmente relevantes, mientras que el que dichas conductas sean de autoría o de participación es una cuestión menor, limitada a

(13) Matizando GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 345, no obstante, que «dicho articulado admite, en unos casos mejor que en otros, tanto sistemas unitarios como diferenciadores», si bien «son estos últimos..., los que parecen adaptarse mejor... a las expresiones legales... que utiliza el Código Penal en su artículo 28 para diferenciar las figuras recogidas en cada uno de sus párrafos».

(14) GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 176, criticando con razón «la técnica legislativa utilizada en el artículo 576 al emplearse un término como 'coautoría' no incluido dentro de las formas de intervención en el delito de los artículos 27 ss.».

la determinación de la pena inferior en grado únicamente en supuestos de complicidad y por obligación legalmente establecida, entendiendo entonces las normas de participación como causas de restricción de la punibilidad» (p. 215). No obstante, su opción por una comprensión restrictiva se sustenta en las referencias señaladas a nivel constitucional (15). Dentro del tratamiento que dedica a las teorías restrictivas, destaca el aparato crítico desarrollado contra las teorías del dominio y de la determinación objetiva del hecho. En relación con la primera, la autora se enmarca dentro de la creciente tendencia opuesta —en nuestra doctrina— al concepto finalista de autor, apunta entre otros aspectos, su agotamiento problemático en los delitos de dominio y la resistencia que ofrece a un desarrollo satisfactorio de la cooperación necesaria (especialmente, v. pp. 250 ss.) (16). Mientras que en relación con la segunda, las limitaciones que ofrece un criterio de carácter estrictamente objetivo, la dificultad de distinguir entre acciones típicas nucleares y no nucleares así como sus insuficiencias problemáticas (cfr. pp. 297 ss.) (17). Sobre razones —fundamentalmente— de determinación entiende la autora que «la teoría objetivo-formal..., se presenta como la teoría sobre autoría y participación más exigente con relación a los requisitos que debe presentar la contribución del interviniente para poder ser calificado como autor de un delito, limitando la misma a la realización de la acción descrita en los tipos de los Libros II y III del Código Penal... Se ajusta perfectamente a un concepto restrictivo de autor, respetando al máximo, a su vez, el principio de legalidad y aportando seguridad jurídica a la interpretación del concepto de autoría» (p. 347). De este modo, la teoría de la tentativa —a través del concepto de ejecución— concreta el límite inferior de lo típico y «cuál es el mínimo de conducta que califica a un sujeto como autor» (p. 350) (18). García del Blanco advierte el acentuado grado de vinculación típica de su postura (pp. 352 ss.). En los tipos que recogen diferentes con-

(15) Fundamentalmente, sobre los principios de responsabilidad personal y legalidad, v. GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria: *op. cit.*, pp. 226 ss.

(16) Posteriormente, también, v. GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, pp. 429 ss.; sobre su recepción en la jurisprudencia, p. 555.

(17) Señalando, en particular, GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, pp. 306 s., que de concretar la autoría en la conducta «más idónea, apta, adecuada» *ex ante* «para producir el resultado, en principio, en ningún caso cabría la posibilidad de la coautoría. Y es que estableciendo una relación comparativa entre diferentes aportaciones, la más apta de todas, la más idónea de todas sólo puede serlo una y por tanto sólo el sujeto que la realiza puede ser el autor del hecho, autor individual ya sea inmediato o mediato». Posteriormente, sobre el principio de imputación recíproca, también v. pp. 397 ss.

(18) En concreto, entiende GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 351, «según la teoría de la inmediatez, que el comienzo de la tentativa, y por tanto, la conducta que ya dará lugar a entender que estamos ante un autor, consiste en aquel acto que se encuentra en una relación de inmediatez funcional con la acción descrita en el tipo, no existiendo actos intermedios esenciales. Así existirá entre ambas conductas una unidad de sentido, establecida en función del artículo 16.1 del Código Penal».

ductas, entiende que «toda acción descrita en los tipos de los Libros II y III del Código Penal es típica y por tanto propia de autoría, siempre que concurren los requisitos subjetivos específicos que requiera el correspondiente tipo» (p. 361); arguye al respecto razones de seguridad jurídica y de «respeto al principio de legalidad». En los delitos de resultado, acude a criterios de imputación objetiva, de este modo, «para determinar la tipicidad de un comportamiento en un delito resultativo puro podría bastar que con base en los conocimientos del hombre medio se pudiera afirmar que el mismo es capaz de producir el resultado típico» (cfr. pp. 371 ss.), si bien muchas de estas conclusiones provisionales se irán enriqueciendo con posterioridad (en relación con este último aspecto, cfr. pp. 445 ss., 671 y 674, por ejemplo).

En el capítulo final de la obra la autora acomete una profunda revisión crítica del elemento sobre el que principal y mayoritariamente se sustenta la coautoría en términos de imputación, el mutuo acuerdo o resolución conjunta. García del Blanco señala la neutralidad del marco normativo: «No puede afirmarse que el texto legal exija de forma expresa y concluyente el mutuo acuerdo como requisito de la realización conjunta del hecho. Este hecho permite cuestionar más fácilmente la exigibilidad del requisito, analizando su relevancia y fundamento e igualmente plantear soluciones, en cierta forma alternativas, que derivan de otra interpretación posible del adverbio conjuntamente» (p. 378) (19). Ya desde un comienzo, la autora va mostrando su opinión tendente a reducir este elemento a mero indicio de conocimiento individual relevante en los juicios de imputación avanzados (cfr. pp. 387, 391 y 392) (20). También sus dudas sobre la comprensión mayoritaria desde la perspectiva del principio de culpabilidad (pp. 392, 399, 400, 432, 433, 476, 519 y 649 ss., por ejemplo), pues se sustenta básicamente en la asunción de «que la responsabilidad por lo no realizado personalmente deriva de un acuerdo de voluntades» (p. 431). El importante aparato crítico desarrollado en esta parte de la obra apunta entre otros aspectos, a las consecuencias materiales que resultan de la imputación a título de coautor: «Es preciso plantear la pregunta de por qué el mutuo acuerdo supone necesariamente la aplicación del principio de imputación recíproca de las diferentes aportaciones englobadas en el mismo. La respuesta debe fundamentar no sólo la necesidad de un incremento de pena de la realiza-

(19) En términos similares, v. GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 640.

(20) Explicando, GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 433, que «conocer o haber debido conocer que la conducta propia incrementa un riesgo incluso previamente creado... por un tercero autorresponsable a su vez, debe tenerse en cuenta dentro del marco de análisis de la imputación objetiva del riesgo o del resultado producido. Del mismo modo que se tendrán en cuenta conductas futuras o coetáneas que interfieran en el curso causal de la propia conducta incrementando el peligro creado por ésta, siempre y cuando fueran objetivamente previsibles. Y una vez determinado el tipo objetivo en el que se inscribe dicha conducta, habrá que determinar si el mismo está abarcado por dolo o por imprudencia».

ción conjunta del hecho con relación a la realización individual parcial del mismo, lo cual implica determinar dónde radica el mayor desvalor de la conducta realizada conjuntamente» (pp. 399 ss.). Y descarta sucesivamente las distintas hipótesis explicativas (pp. 400 ss.) (21). Como se ha dicho, la autora reduce este elemento a mero indicio de conocimiento individual relevante en el juicio de imputación del riesgo y del resultado (cfr. pp. 432 ss.) (22). García del Blanco va perfilando su propuesta a medida que discute los requisitos formales, temporales y el objeto de la resolución conjunta (pp. 444 ss.); también evidenciando las carencias de la comprensión mayoritaria, en particular cuando, en los problemas de exceso y adaptaciones unilaterales, muestra la mutación de la resolución conjunta en un mero juicio de previsibilidad (pp. 496 s.). Una vez concretada la relevancia de los componentes subjetivos, aborda la crítica de las teorías subjetivas. En esta parte debe destacarse el exhaustivo estudio de la jurisprudencia reciente y en particular su acertada crítica a las –aún– excesivas connotaciones subjetivas (pp. 536 ss.; y especialmente, pp. 557 ss.). García del Blanco insiste en su coste en términos iusfundamentales (pp. 559, 560, 568 y 575, por ejemplo). A continuación revisa las propuestas realizadas –particularmente, desde posiciones normativistas– tendentes a la superación del mutuo acuerdo, la autora se reafirma en sus críticas a estas construcciones (cfr. pp. 622 ss.). En el tramo final de la obra, García del Blanco termina de perfilar su postura: «Resulta absurdo hablar de responsabilidad penal en coautoría pretendiendo la existencia de criterios diferentes a los mantenidos en la responsabilidad por autoría individual... Si la responsabilidad penal del autor de un delito presupone siempre su propio hecho en sentido normativo responsabilidad ésta autónoma e individual, entonces el mutuo acuerdo resulta innecesario para hacer responder al coautor por el hecho conjunto» (pp. 636 ss.); y concluye, a modo de recapitulación, ordenando las conclusiones extraídas en este profundo estudio sobre la relevancia de los componentes subjetivos en los juicios de imputación (pp. 637 ss.).

III

Al comienzo de la obra avanza Cuerdo Riezu la importancia del aparato crítico que desarrolla la autora a lo largo de todas estas

(21) En particular, sobre el argumento de mayor peligrosidad, v. GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, pp. 419 ss. y 646 ss.

(22) Y posteriormente, también GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, pp. 487 ss.: «los conocimientos derivados del acuerdo entre los diferentes intervinientes en el hecho forman parte de los conocimientos de los que debe partir la imputación objetiva, es decir, forman parte del tipo objetivo de la aportación del coautor... Los conocimientos derivados del mutuo acuerdo, entonces, determinarán si dicha conducta encaja [por poner un ejemplo] en un delito o falta de daños, o si, desde un punto de vista objetivo, en primer lugar, se le puede imputar la tentativa o consumación de un robo con fuerza en las cosas habiéndose realizado el apoderamiento por otro sujeto»; igualmente, v. pp. 650, 654 ss. y 671.

páginas (23). Entiendo que con razón. Aunque, ciertamente, cuando se considera «absurdo hablar de responsabilidad penal en coautoría» (24) en el sentido en que lo vienen haciendo doctrina y jurisprudencia al menos, desde el siglo XIX de forma mayoritaria, no cabe otra posibilidad que abordar un trabajo como el recogido en la presente monografía. En particular cuando se cuestiona buena parte «de las conclusiones generalmente admitidas por toda la doctrina en el ámbito de la coautoría» (25) y se señalan, por ejemplo, posibles contradicciones con principios –como el de auto o propia responsabilidad– sobre los que se sustentan los más recientes desarrollos de la teoría de la autoría y participación. Pero en ello, ni en la calidad argumentativa de la autora (26), no se agotan los méritos de García del Blanco.

En efecto, ya desde el comienzo de la obra, cuando trata de armonizar el desarrollo de los institutos de corresponsabilidad jurídico-penales con la constitución jurídica de nuestra sociedad, la autora va introduciendo ideas, referencias que pese a su –mayor o menor– importancia en nuestro marco jurídico se disuelven, cuando no se obvian, en el vigente discurso en la materia. Y es que en el reciente desarrollo –particularmente, desde posiciones normativistas– de la teoría de la autoría y participación se echa de menos, entre otros aspectos, una mayor preocupación por las consecuencias del *nullum crimen*. Igualmente parece que el desarrollo de un instituto cuya definición legal –esto es, la expresión «realizan el hecho... conjuntamente», según se recoge en el artículo 28 del Código Penal– puede reducirse básicamente a «creación conjunta del riesgo en circunstancias que permitan su imputación recíproca» (27), procede sobre lo que Mir Puig ha denominado «principio de culpabilidad, en sentido amplio»; de forma que se explique la conexión con el sujeto de los distintos contenidos de lesividad que se le imputan –también– a través de este instituto (28). Y es que, como nos expone la autora, la propia estructura del principio de imputación recíproca cuando menos, suscita dudas desde la perspectiva de principios como el de responsabilidad por el hecho y el antes comentado, de autorresponsabilidad (29). Igualmente, si en sentido contrario al sugerido por García del Blanco, se responde afirmativamente a esta última cuestión, es preciso descender

(23) CUERDA RIEZU, Antonio, *Prólogo a Victoria García del Blanco, La coautoría en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 26.

(24) GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 636.

(25) CUERDA RIEZU, Antonio, *Prólogo a Victoria García del Blanco*, cit. núm. 23, p. 25.

(26) Con razón, CUERDA RIEZU, Antonio, *Prólogo a Victoria García del Blanco*, cit. núm. 23, pp. 25 s.

(27) SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, p. 192.

(28) MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal», *RECPC*, 5 de mayo (2003), apartado V.

(29) Sobre el principio de culpabilidad, con carácter general, v. GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, pp. 75 ss.; en relación con este último, expresamente, por ejemplo, v. p. 96.

algunos peldaños discursivos y explicar hasta dónde y sobre qué razones –personales, se entiende– procede esta forma de imputación. En este último sentido, debe agradecerse su esfuerzo por traducir esta figura en términos de consecuencia jurídica y –en sede de injusto– imputación, señalando las diferencias en ambos términos entre el hecho globalmente considerado y las contribuciones parciales individualmente realizadas por cada uno de los actores, facilitando, en definitiva, una mejor comprensión de este instituto.

Pero no se trata sólo de la coautoría, así merece destacarse también el importante trabajo jurisprudencial que desarrolla en el último capítulo de la obra. Particularmente necesario, dada la mezcolanza de criterios y conceptos que «hacen que los avances en cuanto a la aplicación de criterios teóricos más adecuados en la delimitación de autores y partícipes hayan quedado en muchos casos en poco más que meras palabras, prácticamente vacías de contenido y resultados» en la actual doctrina de nuestro Tribunal Supremo (p. 552). Asimismo, su constante preocupación, entre otros aspectos, por el significado del principio de legalidad en el pensamiento dogmático. O simplemente, la reivindicación de la teoría objetivo formal en su acepción más clásica, esto es, como ejecución «de la acción descrita en los tipos de los Libros II y III del Código Penal» (p. 347), enriqueciendo nuestro marco discursivo frente a las –cada vez más– discutibles razones sobre las que se sustenta la comprensión mayoritaria.

Sin embargo, esta obra suscita también importantes dudas. Así, empezando por esta última cuestión, convenimos con García del Blanco en que el autor mediato –del mismo modo que el autor directo o el coautor– ejecuta (30). En consecuencia, parece razonable subsumir en esta figura, entre otros supuestos, aquellos donde el «hombre de atrás aprovecha una situación previa de error en el instrumento o una situación previa de estado de necesidad en cuya provocación no ha intervenido» (p. 372). Ahora bien, la cuestión es a través de qué criterio se sustenta materialmente esta figura. ¿Dominio del hecho? Aquí compartimos buena parte de las críticas que la autora esgrime contra la doctrina mayoritaria. Pero aun cuando «optar por criterios materiales para la delimitación del marco típico, no sólo podría adelantar de forma innecesaria el límite mínimo de la conducta típica, sino que desdibujaría todo el contorno de la conducta en la fase de ejecución del hecho» (p. 352), debemos apuntar aquí –pese a que no es objeto de esta monografía– que la teoría objetivo formal, tampoco en la comprensión que comparte esta autora, nos dice por qué y de qué forma el sujeto de detrás ejecuta a través del instrumento.

Tampoco el modelo que ofrece la autora promete un fácil desarrollo de las restantes formas de intervención delictiva. Particularmente, cuando introducimos en el marco discursivo las figuras de carácter accesorio. Según García del Blanco, si la contribución individual de un coautor se agota en la

(30) Así, por ejemplo, v. García del Blanco, M.^a Victoria, *op. cit.*, pp. 372, 373 y 477.

realización parcial del tipo «evidentemente sólo podría responder como máximo de una tentativa», pues entiende que «la imputación de las aportaciones ajenas que permitiría la responsabilidad por el hecho completo, resultaría contraria a los principios de responsabilidad personal, responsabilidad por el hecho, proporcionalidad y, por tanto, sería inconstitucional» (p. 681). Quizá el modelo propuesto por esta penalista funge en relación con la coautoría: el resto de contribuciones, en cuanto contexto condicionante del significado de la conducta individual, permitirá en estos casos entender la aportación de sólo una parte del veneno preciso como una conducta idónea para producir la muerte sin necesidad de recurrir –aparentemente– a imputaciones ajenas (31). Ahora bien, si «la imputación de las aportaciones ajenas» resulta «contraria a los principios de responsabilidad personal, responsabilidad por el hecho, proporcionalidad». Parece que ello también será así en relación con las distintas formas de intervención accesoria. Y de este modo se impide, incluso, la comprensión de su regulación legal. Por poner un ejemplo, si dos personas, inductor y ejecutor, organizan dolosa y antijurídicamente el proceso lesivo que conduce a la muerte de un tercero, puede parecer razonable castigar a quien efectúa los disparos con una pena de prisión de quince años, según se prevé en el artículo 139 del Código Penal. Sin embargo, ¿cómo vamos a justificar la pena del inductor si rechazamos toda imputación de injusto ajeno? De los artículos 27 a 29, pero particularmente del artículo 63 del Código, parece que el legislador entiende que quien entrega dinero a un asesino no responde por entregar dinero, ni siquiera por entregar dinero a un asesino o para un asesinato –desarrollando algo más el ejemplo–, sino que la responsabilidad se sustenta en este último hecho: el asesinato. Sólo entonces cabe entender la consecuencia jurídica: equiparación punitiva –quince años–; si bien se abre la puerta a ulteriores racionalizaciones en función del grado de –incumbencia o– intervención: responsabilidad autónoma o de carácter accesorio. La valoración como inconstitucional de las comprensiones opuestas parece, por otra parte, excesiva. La complejidad de la materia aconseja una visión de las posiciones iusfundamentales afectadas como mandatos de optimización y una valoración de las posturas en función del grado de satisfacción político-criminal de las mismas.

Finalmente, también suscita dudas la comprensión que sugiere para la coautoría, pareciendo que centra su atención en el juicio de imputación del riesgo sin advertir los problemas de imputación de riesgo ajeno que genera también, la atribución del resultado. En principio, si un sujeto «suministra la medicación sin advertírselo al segundo, y el segundo vuelve a administrar otra dosis, sin comprobar que el primero no lo haya hecho antes», en función del contexto y de las posiciones jurídicas de los actores, cabe «imputar a cada uno de ellos el riesgo de producción del resultado, si la muerte se

(31) Luego, puede entenderse no como una «cuestión de imputar actuaciones ajenas sino de valorar correctamente, desde una perspectiva individual, el riesgo que comporta la aportación a título de autor», según avanza GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 662.

produce por la suma de las dos dosis, aunque individualmente sean insuficientes para matar» (32). Por tanto, cabe adscribir a ambos la realización de una conducta típica en el sentido del artículo 142 del Código. Ahora bien, en este caso, el resultado producido es realización de –riesgo generado por– ambas conductas. Luego, realización de riesgo ajeno. Y también aquí surgen las dudas que García del Blanco apunta más arriba en relación con el desvalor de acción. Ciertamente, cabe aludir a otras muchas cuestiones. Pero sobre ello, pues la obra da para mucho, volveremos en próxima ocasión.

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO

Universidad de La Laguna

(32) GARCÍA DEL BLANCO, M.^a Victoria, *op. cit.*, p. 369, señalando que, en este caso, «cada enfermero debería haber comprobado, pertenece al ámbito de su deber de cuidado, que no se le ha administrado la dosis anteriormente y asegurarse de que no se le suministre otra dosis posterior».

Revista de Revistas

REVISTA PENAL

13 (enero 2004); 14 (julio 2004)

«Vivimos en una sociedad demasiado permisiva. La pornografía nunca se había exhibido con tanto impudor ¡Y encima las imágenes están desenfocadas!»

(WOODY ALLEN)

MUÑOZ CONDE, Francisco: «Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos», 13 (enero de 2004), pp. 105-124.

MUÑOZ CONDE, Francisco: «Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal», 14 (julio de 2004), pp. 96-123.

I

1. Con el título «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa» publiqué un artículo en *ADPCP* 2001, pp. 5-26, en el que figuraba una adenda en la que, en los siguientes términos, hacía referencia (pp. 21-22, cursivas en el texto original) a dos dictámenes emitidos por Muñoz Conde: «En el mismo libro [Muñoz Conde, “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo”] Muñoz Conde critica a quienes “se han convertido en penalistas a sueldo de narcotraficantes y delincuentes de cuello blanco”, porque, de esa manera, “pusieron sus ideas... por dinero, al servicio del mejor postor” (1). Nadie puede negarle a Muñoz Conde el derecho a descalificarse a sí mismo. Y es que, en efecto, Muñoz Conde va por el mundo emitiendo informes a favor de “delincuentes de cuello blanco”

(1) Análogamente se expresa Muñoz Conde en el prólogo a la reimpresión de *Introducción al Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 17: «Y es esta coherencia y fidelidad a unas ideas lo único que, quizás, después de tantos años puedo [Muñoz Conde se refiere a sí mismo] mostrar con orgullo frente a los que ya las han olvidado, probablemente porque nunca creyeron de verdad en ellas y sólo las utilizaron para medrar y situarse, muy bien por cierto, al lado de los poderosos, los corruptos o los facinerosos».

en los que sostiene que las pruebas *fundamentales*, y casi siempre, *únicas*, que existen contra el antiguo asesor del ex presidente de Perú Fujimori, Vladimiro Montesinos –actualmente en prisión en ese país latinoamericano acusado de los “delitos de enriquecimiento ilícito, narcotráfico, tráfico de armas, corrupción de funcionarios, espionaje telefónico, homicidio, tráfico de niños y violación de derechos humanos, entre otros” (*El País*, 9 de mayo de 2002, p. 43)–, a saber: las cintas de audio y vídeo contenidas en veinte maletas encontradas en el domicilio de Montesinos, cintas en las que éste grabó, en las instalaciones del Servicio de Inteligencia peruano, las conversaciones que acreditan su autoría en los crímenes que se le imputan, no podrían ser utilizadas, siempre según Muñoz Conde, como prueba de cargo contra Montesinos».

2. Con esas frases me estaba refiriendo a dos dictámenes suscritos por Muñoz Conde a favor de Andrónico Lukcic Craig, y dos altos ejecutivos de su multinacional chilena, «Quiñenco», con negocios bancarios, mineros, de fabricación de plásticos, hoteleros y alimentarios, entre otros, en numerosos países. El cliente de Muñoz Conde, Andrónico Lukcic Craig, posee, tal como informa la revista «Forbes», una de las mayores fortunas del mundo (según la agencia IPI, se le considera el «dueño de medio Chile»).

3. «Lucchetti Perú, S. A.», filial de «Quiñenco», inició en 1996 la construcción de una fábrica de pastas en Chorrillos, un paupérrimo barrio de Lima, obteniendo el permiso de edificación gracias a sus poderosas influencias cerca del gobierno de Fujimori, y especialmente a que la empresa constructora de la planta industrial era propiedad de Jorge Camet, entonces ministro de Economía de Alberto Fujimori.

La fábrica de pastas iba a construirse en ese suburbio frente al humedal «Los Pantanos de Villa», un área silvestre protegida por, entre otras, la Convención sobre Humedales, firmada en Ramsar (Irán), en 1971, y ratificada por 154 países (2). Este brutal atentado contra el medio ambiente, dirigido

(2) En la página web oficial de dicha Convención se dice lo siguiente sobre el referido humedal: «Los Pantanos de Villa sustentan su existencia, entre otros aspectos, por constituirse como un importante paradero de aves migratorias, dentro de una red de “islas” a lo largo del continente americano. Es bien conocido que esta red de “islas” en la costa peruana es de gran importancia durante la migración de las aves como “estaciones de servicios” ofreciendo refugio y alimento durante largos viajes y estadias. La conservación de estos refugios como eslabones de una cadena en la franja costera del Pacífico, es de suma importancia, al ser éstos muy restringidos, pues implica que las aves desplazadas por la destrucción o degradación de sus hábitats tendrán muy pocas oportunidades de sobrevivir porque se verán obligadas a ir a otros, que son o ya han sido usados por otras aves. Haciendo un pequeño recuento, el Refugio de Vida Silvestre de Los Pantanos de Villa, en sus 263.27 hectáreas, ha registrado la presencia de 209 especies de aves entre residentes y migratorias, 48 de plantas superiores, 128 especies de protozoarios, 125 especies de algas, 13 especies de turbelarios, 41 especies de insectos, 18 de arácnidos y 13 especies de peces».

contra el único lugar silvestre de la capital peruana, provocó un levantamiento popular y las protestas de numerosas organizaciones ecologistas, lo que, finalmente, decidió a la municipalidad de Lima a prohibir la construcción de la fábrica.

Ante esta prohibición de la municipalidad de Lima los clientes de Muñoz Conde deciden emprender dos clases de acciones: en primer lugar, acudir a los tribunales peruanos para obtener la revocación de esa prohibición y, en segundo lugar, entrevistarse con Vladimiro Montesinos para que éste, influyendo en y sobornando a los jueces que iban a entender del asunto, dictasen sentencias favorables a los intereses de dichos clientes, abonando Andrónico Lukcic Craig al antiguo asesor del ex presidente de Perú, Fujimori, por esa mediación una cantidad que ascendió, al parecer, a dos millones de dólares.

Como Montesinos grababa en cintas de audio y de vídeo todas las conversaciones que mantenía en las instalaciones del Servicio de Inteligencia peruano, entre ellas han aparecido también las de las reuniones que mantuvo con los clientes de Muñoz Conde. Éstos se dirigen a Montesinos en los siguientes términos: «Porque hemos llegado a un límite en que no aceptamos más. Y si hay que gastar millones, los vamos a gastar. Yo lo único que quiero... [es] una guerra corta, sangrienta y decisiva [contra el acuerdo de la municipalidad de Lima] como se ganan las batallas... Por eso cuando uno tiene el poder tiene que ejercerlo sin asco», a lo que Montesinos responde: «Hasta el final».

Como consecuencia de esas conversaciones, y todos ellos sobornados por Montesinos, tres jueces de instancia revocaron en tres procedimientos distintos la resolución de la corporación municipal de Lima, siendo confirmadas esas revocaciones, en apelación, por tres tribunales colegiados (3), de tal manera que en 1998 fue culminada la construcción de la fábrica de pastas de la multinacional chilena, entrando en funcionamiento ese mismo año. Finalmente, después de la caída de Fujimori y de la detención y procesamiento de Montesinos, la fábrica fue definitivamente clausurada en 2003.

4. A instancias del magnate Andrónico Lukcic Craig, y a cambio de una «muy sustanciosa minuta» (según la agencia IPI, «se pagaron fortunas a abogados peruanos para que defiendan lo indefendible»), Muñoz Conde elaboró para aquél dos dictámenes: el primero (dictamen 1), suscrito en Sevilla el 16 de mayo de 2001, y reproducido por el mismo Muñoz Conde en *RP* 13 (enero de 2004), pp. 106-116, y el segundo (dictamen 2), emitido en la misma ciudad andaluza el 30 de mayo de 2001, y que obra también en mi

(3) En esas conversaciones grabadas Montesinos alardea de que él mismo (que antes de ocupar sus cargos políticos había ejercido de abogado) ha redactado o va a redactar las sentencias favorables a los clientes de Muñoz Conde: «El otro día», afirma Montesinos, «fui donde el Juez [de instancia] y le puse exactamente lo justo y necesario más la fecha de aplicación del artículo»; «Yo voy a hacer la resolución [de la sala de apelación] aquí».

poder, por haberme sido remitido, junto con el primero, por la «Procuraduría Pública *Ad Hoc* del Estado [Peruano]. Casos Fujimori-Montesinos».

De ambos dictámenes se deduce que Muñoz Conde mantiene un criterio muy distinto al que expresa en sus publicaciones sobre «los poderosos, los corruptos o los facinerosos», y sobre sus asesores jurídicos (cfr. *supra* nota 1), cuando aquéllos se han convertido en clientes suyos, ya que en tal caso de lo que se trata, ante todo, es de «dejar a salvo su *honorabilidad y correcta actuación* [de esos clientes]», (Muñoz Conde, dictamen 1, p. 21 = *RP* 13 [enero de 2004], p. 114, cursivas añadidas). Y así, a pesar de que el plutócrata chileno, para enriquecerse ilegalmente, primero trató de aniquilar el medio ambiente de uno de los barrios más humildes de Lima –lo que inicialmente fue prohibido por esa municipalidad–, y que, después, sobornó a Montesinos y, a través de éste, a diversos magistrados peruanos, para que dictaran sentencias prevaricadoras que revocaron la prohibición, consiguiendo Andrónico Lukcic Craig, finalmente, su propósito aniquilador, no obstante Muñoz Conde presenta a su poderoso cliente como un alma cándida digna de despertar los más nobles sentimientos de lástima y de compasión, escribiendo Muñoz Conde sobre aquél, en su dictamen 2, lo siguiente:

«[El cliente de Muñoz Conde] no es más que... [una] víctima de un sistema generalizado de corrupción, en el que frecuentemente hay que acudir a este tipo de personajes [como Montesinos] *para conseguir el reconocimiento de derechos, por lo demás perfectamente legítimos, que, sin embargo, no son siempre obtenibles por los cauces jurídicos normales*» (Muñoz Conde, dictamen 2, p. 7, cursivas añadidas).

«En todo caso, el particular interesado en la influencia [el cliente de Muñoz Conde] *se encontraría siempre en una especie de estado de necesidad (cuando no de clara coacción)*, al no ver otra salida para su problema que acudir a la persona que, dada su reconocida influencia en los más altos sectores del poder, puede resolverlo usando de su influencia» (Muñoz Conde, dictamen 2, p. 8, cursivas añadidas).

«Uno se puede imaginar que debe ser bastante impresionante para un particular, más si es extranjero o representante de una empresa extranjera, entrevistarse en dicho sitio con una persona que, en ese momento, todo el mundo sabe que es una de las más influyentes del país. *El nivel de desesperación y miedo que deben tener los representantes de Lucchetti, al ver como el costoso proyecto de inversión se les puede venir abajo, debe de ser grande*» (Muñoz Conde, dictamen 2, pp. 8/9, cursivas añadidas).

«Sabiendo de esa mala relación entre Gobierno y Municipalidad de Lima, *parece, pues, lógico* que los representantes de Lucchetti quisieran utilizarla en su beneficio» (Muñoz Conde, dictamen 2, p. 9, cursivas añadidas).

«... en todo caso, *sería verdaderamente injusto* que la sanción penal recaiga también sobre el particular que *para resolver sus problemas con la Administración se ve obligado a recurrir a esas personas influyentes*» (Muñoz Conde, dictamen 2, p. 10, cursivas añadidas).

5. Total, que mientras que, por una parte, Muñoz Conde públicamente se rasga las vestiduras y arremete contra los juristas que defienden, «al servicio del mejor postor», a «los poderosos, los corruptos o los facinerosos»,

resulta, por otra, que es a esa actividad –a la de defender a esos magnates corruptos y facinerosos a cambio de «muy sustanciosas minutas»– a la que precisamente se dedica Muñoz Conde cuando piensa que nadie le ve.

II

1. En sus dictámenes, Muñoz Conde defiende, *apoyándose fundamentalmente en unas supuestas doctrinas emanadas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*, tres tesis:

En primer lugar, que las grabaciones por parte de Montesinos de las conversaciones que mantuvo con múltiples interlocutores en las instalaciones del Servicio de Inteligencia peruano, ignorando dichos interlocutores que se estaban registrando sus imágenes y sus voces, constituyeron delitos contra el secreto de las comunicaciones y contra la intimidad (4).

En segundo lugar, que esas grabaciones, al vulnerar derechos fundamentales y tener un origen delictivo, no se podían utilizar como prueba de cargo en ningún procedimiento penal (5).

Y, finalmente, y parece que subsidiariamente, que la grabación sin el consentimiento del grabado sólo sería admisible como material probatorio si quien la efectúa está siendo víctima de un delito, actuando así en una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable, lo que no era el caso en el presente supuesto, ya que Montesinos registró las conversaciones libre de cualquier clase de coacción (6).

(4) Cfr. Muñoz Conde, dictamen 1, pp. 7-8 [= *RP* 13 (enero de 2004), p. 108]. V. también el mismo, dictamen 1, p. 14 [= *RP* 13 (enero de 2004), p. 111]: «Y, finalmente, la cuestión que nos ocupa en este epígrafe, ¿pueden ahora esas grabaciones originadas en un hecho delictivo utilizarse como prueba válida en el proceso penal que el Ministerio Público quiere entablar por un presunto delito de corrupción o tráfico de influencias?. Parece claro que a esta última cuestión hay que responder de un modo negativo, pues, como ya tiene establecida la jurisprudencia de prácticamente todos los países civilizados, la prueba ilícita o delictivamente obtenida, violentando derechos fundamentales, es, según se dice en la jurisprudencia norteamericana, “fruit of poisons tree”, “fruto del árbol envenenado”, que está, por tanto, envenenada también y no se puede, por tanto, valorar, ni basar en ella una incriminación penal; tanto más cuanto ésta es la única prueba y no existen ni se han practicado otras que pudieran tener la validez de la que carecen los vídeos en cuestión». Por lo demás, Muñoz Conde estima reiteradamente que la conducta de Montesinos, al grabar a sus interlocutores, sin el conocimiento ni el consentimiento de éstos, constituye un delito contra la intimidad (cfr. sólo dictamen 1, pp. 9 y 18 [= *RP* 13 (enero de 2004), pp. 108 y 112, respectivamente]. V., finalmente, Muñoz Conde, *RP* 14 (julio de 2004), pp. 109, 111 y 112.

(5) Cfr. Muñoz Conde, dictamen 1, pp. 13 ss. [= *RP* 13 (enero de 2004), pp. 110-111], apoyando su tesis en la jurisprudencia española.

(6) V. Muñoz Conde, dictamen 1, p. 13 [= *RP* 13 (enero de 2004), p. 110], apoyando su tesis en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1995.

2. Los dictámenes elaborados por Muñoz Conde a favor de sus archimillonarios clientes hacen saltar todas las alarmas en la fiscalía especial creada por el Estado peruano para perseguir los crímenes de Fujimori y de Montesinos –y no tanto por las opiniones que, a título particular, formulaba Muñoz Conde, sino porque hacía pasar éstas como doctrinas que supuestamente tenían el respaldo de la *auctoritas* del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España–, ya que, de prosperar las presuntas tesis que Muñoz Conde atribuye a la jurisprudencia española, aquella Fiscalía se vería privada de utilizar contra Vladimiro Montesinos los numerosos y popularmente llamados «vladivideos» que, como pruebas esenciales, y a veces únicas, obran en las más de setenta causas penales que se siguen contra este traficante de drogas, traficante de armas, traficante de niños, homicida, corruptor de funcionarios, espía telefónico, violador de derechos humanos y malversador. De ahí que dicha fiscalía especial se ponga en contacto conmigo, me remita los dos dictámenes de Muñoz Conde y me solicite que, rebatiéndolos, si ello fuera posible, emita un informe, si bien me hace saber que la Fiscalía no dispone de fondos para abonarme por mi trabajo, ni de lejos, la cantidad a la que ascendió la «muy sustanciosa minuta» que Muñoz Conde había percibido de los magnates chilenos.

Teniendo en cuenta la importancia política del asunto que se me quiere encomendar y, además, que en sus dictámenes Muñoz Conde, para fundamentar sus tesis, se apoya fundamentalmente en una jurisprudencia española que, sin embargo, *ha establecido exactamente todo lo contrario de lo que Muñoz Conde le hace decir* –la Fiscalía y los tribunales peruanos hasta entonces, y naturalmente, sólo tenían como fuente de conocimiento de esa jurisprudencia la errónea información que les había suministrado Muñoz Conde–, acepto el encargo del Ministerio Público peruano renunciando a percibir honorario alguno por mi labor. (Como «Apéndice» a la presente «Revista de Revistas» reproduzco la carta que en su día me dirigió la «Procuraduría *Ad Hoc* del Estado [Peruano]. Casos Fujimori-Montesinos», acusando recibo de mi contradictamen).

3. Muñoz Conde puede sustentar en sus dictámenes las tesis –correctas, discutibles o disparatadas– que le parezcan oportunas, porque, en efecto, en Derecho –aunque siempre con una determinada graduación– casi todo es discutible. Pero lo que no puede –ni debe– es hacer creer que lo que dice él tiene su apoyo en la jurisprudencia española cuando sucede que lo que ésta ha establecido es justamente todo lo contrario. Naturalmente que también las doctrinas de nuestros tribunales pueden ser más o menos opinables. Pero lo que no es opinable es lo que *realmente* constituye la posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el valor probatorio de las grabaciones que un particular hace de otro particular sin el conocimiento de éste, porque qué es lo que han dicho esos tribunales constituye un no-discutible *hecho*, y en este caso ese *hecho* es que, de acuerdo con la unánime doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, registrar subrepticiamente la imagen y/o el sonido de un interlocutor, en primer lugar, no integra delito alguno y que, por consiguiente, y, en segundo lugar, esas graba-

ciones pueden utilizarse como prueba de cargo contra ese interlocutor –o contra ambos interlocutores– en el caso de que acrediten la comisión de un hecho punible.

En *ADPCP* 2001, pp. 23-25, he demostrado, con *abundantísimas referencias jurisprudenciales*, este hecho de cuál es el contenido de la jurisprudencia constitucional española sobre este extremo, doctrina que arranca de la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre («Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste», porque «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; *por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al precepto constitucional citado*», (cursivas añadidas), y que ha sido ratificada, *sin excepción alguna*, en todas las ulteriores sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión (7).

También he acreditado en el referido lugar, *e igualmente con abundantísimas referencias jurisprudenciales* (8), que, sobre la base de esa doctrina del Tribunal Constitucional, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y *en una jurisprudencia igualmente unánime, ha admitido como prueba lícitamente obtenida, la grabación fonográfica y/o videográfica que un interlocutor hace de quien se dirige a él*, no teniendo inconveniente alguno en admitirla como material probatorio de cargo en procedimientos por los más diversos delitos (9).

4. La ulterior tesis de Muñoz Conde –que, al parecer, establece subsidiariamente– de que, como mucho, la grabación sin el consentimiento del grabado sólo sería admisible como material probatorio si quien la efectúa está siendo víctima de un delito, actuando así en una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable, y que Muñoz Conde respalda igualmente

(7) Referencias jurisprudenciales en GIMBERNAT, *ADPCP* 2001, p. 23. De entre las posteriores sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido, cfr. sólo la 281/2006, de 9 de octubre: «El derecho al secreto de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación *por terceros ajenos*» (cursivas añadidas).

(8) Cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 23-25

(9) Entre las numerosas sentencias dictadas con posterioridad a mi artículo publicado en *ADPCP* 2001 en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido, cfr. sólo la de 25 de mayo de 2004, A. 4093 [del *Repertorio Aranzadi* de 2005]: «Las cintas grabadas no infringieron ningún derecho, en particular el 18-3 CE, como muy bien reflejó el órgano jurisdiccional de instancia, *debiendo distinguir entre grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros. No constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe*» (cursivas añadidas).

en la jurisprudencia española (10), constituye, de nuevo, y en realidad, una afirmación que está en contradicción con el *hecho* de que lo que han dicho nuestros tribunales es *precisamente todo lo contrario*. Teniendo en cuenta que la grabación que un interlocutor hace subrepticamente de otro no supone vulneración alguna del secreto de las comunicaciones, tal como ha establecido reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional (cfr., por todas, la Sentencia 56/2003, de 24 de marzo, cursivas añadidas: «no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, *ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio del contenido del mensaje*») como el Tribunal Supremo (cfr., por todas, la sentencia de 6 de julio de 2000, A. 5672, donde se reitera que no cabe apreciar que «la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional, que determine la prohibición de la valoración de la prueba así obtenida») (11), cualquiera, sea o no víctima de un delito, actúe o no bajo un estado de necesidad o un miedo insuperable, puede registrar lo que le dice su comunicante, porque, como esa conducta es plenamente conforme a Derecho, es elemental que lo que no es típico no requiere de ninguna circunstancia eximente que justifique o exculpe una inexistente responsabilidad criminal.

Hasta tal punto ello es así, hasta tal punto la grabación subrepticia que hace un interlocutor de otro no requiere que éste esté siendo víctima de un delito ni que, por consiguiente, actúe amparado por eximente alguna, para que, así, quede exento de responsabilidad penal por un en realidad inexistente delito contra el secreto de las comunicaciones, que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no sólo son legítimas dichas grabaciones independientemente de si lo que se comunica acredita o no la existencia de un delito, sino incluso cuando lo expresado ni siquiera pone de manifiesto un ilícito penal, sino un mero ilícito laboral, tal como reconoció el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 144/1984, de 29 de noviembre, en el que en un procedimiento tan alejado –por la incomparablemente menor entidad del objeto que se debate– del penal, como lo es uno *por despido procedente ante una magistratura de trabajo*, se admitió como prueba la grabación subrepticia por parte de la empresa de una conversación con el empleado despedido que acreditaba la deslealtad y mala fe de éste.

5. Finalmente, para fundamentar por qué las grabaciones realizadas por Montesinos no pueden utilizarse en ningún proceso como material probatorio, Muñoz Conde alude al caso del director del diario *El Mundo*, Pedro J. Ramírez, cuya imagen y sonido fueron grabados sin su consentimiento en un encuentro sexual, pero con el conocimiento y con la ayuda de la mujer

(10) Cfr. *supra* n. 6.

(11) V. además, y en el mismo sentido, y entre las innumerables, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004, citada *supra* nota 10.

con quien lo compartió, quien posteriormente distribuyó entre numerosas personas el vídeo sexual, argumentando Muñoz Conde que si esa conducta constituye un delito —como está fuera de discusión— también tienen que serlo los llamados «vladivideos» (12).

Al argumentar de esa manera Muñoz Conde está confundiendo simplemente churras con merinas: está confundiendo el «derecho a la intimidad» (art. 18.1 CE), con otro distinto: el «derecho al secreto de las comunicaciones», garantizado por la Constitución *diferenciadamente* en otro apartado del texto: en el artículo 18.3 (13), y ello a pesar de que esa diferenciación viene establecida nada menos que por la Constitución Española, y que ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, como no podía ser de otra manera, desde la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo distinguiendo, de manera inequívoca, entre el derecho al secreto de las comunicaciones —que es el que el demandante estima vulnerado por la sentencia de la Magistratura— y el derecho a la intimidad.

Por lo que se refiere al primero, el Tribunal Constitucional mantiene que la grabación de la conversación del empleado *no ha sido obtenida ilícitamente, con violación del secreto de las comunicaciones*, porque, frente al interlocutor que registró lo hablado, el otro interlocutor no mantenía secreto alguno, ya que una conversación sólo es reservada para los terceros ajenos a ella, pero no, obviamente, para los interlocutores entre sí. Por ello, el Tribunal Constitucional establece en dicha sentencia lo siguiente: «Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del *secreto* de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste».

El derecho al *secreto* de las comunicaciones es uno de carácter *formal*, que se vulnera con su interceptación por parte de *terceros ajenos, independientemente de si el contenido de la comunicación tiene o no carácter íntimo*. Pero como tanto el artículo 18.1 CE, como las legislaciones civil y penal que imponen sanciones a las violaciones de los derechos fundamentales allí garantizados, no se refieren al «secreto» —como en las comunicaciones— de la intimidad, sino a la *intimidad sin más*, de ahí que, según el Tribunal Constitucional, si aquella grabación hubiera lesionado la intimidad del interlocutor, es decir: si en ella se hubieran registrado aspectos de la vida íntima del empleado —por ejemplo, de su vida sexual, de las enfermedades

(12) Cfr. Muñoz Conde, dictamen 1 [= RP 13 (enero de 2004), p. 108]. En el mismo sentido, y apoyándose en la Sentencia de 31 de julio de 2002 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se condenó, tanto a la mujer con cuya ayuda se grabó el vídeo de su encuentro sexual con Ramírez, como a quienes colaboraron en su filmación y distribución, Muñoz Conde, RP 14 (julio de 2004), pp. 112/113.

(13) Muñoz Conde (referencias supra nota 4) no distingue entre ambos derechos fundamentales, refiriéndose indistinta y equiparadamente al derecho a la intimidad y al derecho al secreto de las comunicaciones.

que padecía, o de sus relaciones familiares con su esposa o con sus hijos—, entonces la grabación realizada por el interlocutor de aquél debería haberse reputado ilícita, y no habría podido ser revelada ni divulgada, porque el derecho a tener «un ámbito propio y reservado» (14) no decae porque se le haya comunicado a otra persona. Que esta es la postura inequívoca del Tribunal Constitucional se deduce de los pasajes de la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que reproduzco a continuación (subrayados añadidos):

— «Ocurre, en efecto, que el concepto de “secreto” en el artículo 18.3 tiene un carácter “formal”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es “secreto” en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del “secreto” no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, un posible “deber de reserva” que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón de cuál fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la norma fundamental).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera “íntima” del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución».

— «Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex artículo 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo)».

— «En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy recurrente de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiera

(14) V., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo: «... el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y al conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares».

entenderse como concerniente a su “vida íntima” (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982) o a su “intimidad personal” (art. 18.1 de la CE) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera».

De lo expuesto se sigue, generalizando la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, y que ha sido continuada y desarrollada en, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 127/1996, de 9 de julio, y 70/2002, de 3 de abril, que cuando se graba el sonido y/o la imagen de un interlocutor hay que distinguir dos bienes jurídicos: el del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el de la intimidad (art. 18.1 CE).

Si lo grabado no afecta a la intimidad del interlocutor, entonces la conducta del otro interlocutor que registra la imagen y/o el sonido no es antijurídica, porque lo que el artículo 18.3 CE protege no es la comunicación sin más, sino la comunicación «secreta [para terceros ajenos a la comunicación]», por lo que, frente a ese interlocutor que recibe aquella comunicación, no hay reserva alguna que aquél pueda vulnerar con su grabación, y, si no hay secreto, entonces tampoco puede lesionar un bien jurídico que consiste precisamente en el «secreto de las comunicaciones».

En cambio, *en la medida en que en la comunicación puedan contenerse aspectos de la vida íntima personal o familiar del otro interlocutor, si esos aspectos se revelan o difunden ulteriormente, la conducta sería antijurídica, porque el artículo 18.1 CE protege la «intimidad» como tal, y ésta sólo puede ser transmitida a otras personas «cuando el titular del derecho [a la intimidad] hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso» (art. 2.2 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen)*, por lo que en esos casos en los que lo grabado por uno de los interlocutores afectara a la vida íntima del otro, existiría, en palabras de la STC 114/1984, «un deber de reserva..., deber que derivaría aquí del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la norma fundamental», ya que «en el caso de que lo así transmitido entrase en la esfera “íntima” del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución».

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de diciembre de 2004, A. 7917, que confirma la condenatoria de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso del vídeo sexual de Pedro J. Ramírez, y donde se vuelve a diferenciar lo que Muñoz Conde no diferencia: entre el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), condenándose a los acusados no por haber vulnerado el primero (es decir: no porque un interlocutor hubiera registrado una manifestación no-íntima de Ramírez), sino por haber lesionado el segundo (es decir: porque lo que se grabó pertenecía al núcleo duro de la intimidad –a la sexualidad– de la víctima).

Y así, y en este sentido, puede leerse en la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004 lo siguiente (cursivas añadidas):

«El primer argumento de la recurrente consiste en sostener que en los casos de intimidad compartida no existe vulneración del derecho a la intimidad por cuanto una de las partes puede disponer libremente de ella y la otra está sujeta a esa decisión en la medida que acepta compartir su intimidad con la primera. Este argumento es erróneo, como también han señalado las sentencias citadas en casos referidos a la intimidad familiar, por cuanto lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida *porque es un derecho personalísimo*. Como señala la STC 70/02 es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”, con citas de las SSTC precedentes, y ello sucede cuando se trata de actos, por mucho que se compartan, comprendidos en la protección constitucional de la intimidad, como es el caso. Se arguye que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, dicho argumento parte de una confusión entre lo que dispone el artículo 18, en sus apartados 1º y 3º, CE, puesto que el objeto de la protección en el primero [recte: en el segundo] de los señalados es precisamente el secreto de las comunicaciones, y es evidente que no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, mientras el apartado 1º lo que garantiza es la intimidad personal *per se*. La sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 ya se ocupó de esta cuestión distinguiendo *el alcance de estas vulneraciones constitucionales*... Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el artículo 18.1 CE, con el alcance tipificado en el artículo 197 CP, *en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones*.»

Mantener, como hace Muñoz Conde, que, si la grabación de un acto sexual con el consentimiento de uno de los partícipes en él y sin el consentimiento del otro, es delito, como sin duda lo es, entonces también tendría que serlo la que un interlocutor hace de otro sobre conversaciones no íntimas, constituye una tesis que, aunque Muñoz Conde mantenga lo contrario, *está en contradicción con nuestra Constitución y con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. La grabación del acto sexual integra un delito porque vulnera el «derecho a la intimidad» garantizado por el artículo 18.1 CE, que protege la intimidad sin más, y no el «secreto» a la intimidad, por lo que dicho acto no puede registrarse ni difundirse, por mucho que frente a su pareja la víctima haya puesto al descubierto su sexualidad, mientras que registrar el sonido y/o la imagen de una conversación no íntima, por parte de un interlocutor, es una conducta conforme a Derecho, porque lo que consagra el artículo 18.3 CE es el derecho al «secreto de las comunicaciones», y tal secreto no existe frente a ese interlocutor con quien se mantiene la conversación.

Por lo demás, y que la manifestación de un comunicante a otro de que ha cometido un delito o de que lo va a cometer, o de que se ha cometido o se

va a cometer entre los dos, *no pertenece a la intimidad*, debería estar fuera de discusión, ya que el «derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida *vinculado con el respeto de su dignidad como persona* (art. 10.1 CE)» (15), y, obviamente, las manifestaciones en las que se acredita que un interlocutor –o los dos– es un traficante de drogas o de armas o de niños, o que es un criminal contra la humanidad o un prevaricador o un sujeto responsable de un cohecho, no tienen nada que ver con el respeto a ese sujeto (o a esos sujetos) de su dignidad como persona, o, para decirlo con el Tribunal Supremo: «La Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el artículo 259 LECrim, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos» (16).

6. De lo expuesto en este apartado II, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles, se sigue: que grabar la voz y/o la imagen de un interlocutor no integra delito alguno, sino una conducta lícita que no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones; que, porque esa grabación es conforme a Derecho, es absolutamente irrelevante que quien registra a su comunicante sea víctima de algún delito o actúe cubierto por las eximentes de estado de necesidad o de miedo insuperable, pudiendo grabarse la conversación con otros para utilizarla como prueba incluso en procedimientos tan alejados del penal como lo es uno de carácter laboral que tenga por objeto un despido procedente; que la grabación que una persona realiza del acto sexual que mantiene con otra –sin el conocimiento ni el consentimiento de ésta– constituye un delito, porque vulnera la intimidad (art. 18.1 CE) de su pareja, mientras que el registro de la voz y/o de la imagen de un interlocutor –igualmente sin el conocimiento y sin el consentimiento de éste– no vulnera el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) –«no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe»–, ni tampoco el derecho a la intimidad cuando uno o ambos interlocutores están exteriorizando sus propósitos delictivos o confirmando la comisión de hechos punibles pasados, ya que «la Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por

(15) Así, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo (cursivas añadidas).

(16) Así, literalmente, y entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994, A. 3687; 17 de junio de 1999, A. 5653; y 27 de febrero de 2002, A. 3021.

el destinatario de la misma», sin que «se alcan[ce] a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos»; y que, naturalmente, y por todo ello, los vídeos grabados por Montesinos, y según la jurisprudencia española, pueden ser utilizados lícitamente como pruebas de cargo contra el mismo Montesinos y contra sus interlocutores-delincuentes.

Que esta es la posición de la jurisprudencia española –independientemente de si se está o no de acuerdo con ella– no es algo opinable, sino un hecho que no admite discusión posible. Porque Muñoz Conde argumentaba con una *inexistente* doctrina jurisprudencial española, bien porque no había leído la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles, bien porque la había leído y no la había entendido, bien porque, con mala fe, la quería utilizar como fundamento para invalidar las pruebas esenciales que existen contra Montesinos y contra los partícipes en sus crímenes, en cualquier caso sus dictámenes habían despertado toda clase de inquietudes en los fiscales encargados de perseguir los delitos cometidos por ese sujeto. Y no tanto por las particulares opiniones manifestadas por Muñoz Conde –a las que se les puede dar un valor mayor, menor o nulo, en función del mayor, menor o nulo reconocimiento que se le atribuya a este penalista español– como por el falso respaldo con el que fundamentaba sus tesis en la autoridad y en el prestigio de los que gozan en Latinoamérica el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España, cuya doctrina jurisprudencial el Ministerio Público y los tribunales peruanos ni conocen ni tienen por qué conocer.

III

APÉNDICE

Carta de la Fiscalía especial peruana encargada de perseguir los crímenes de Fujimori y de Montesinos acusando recibo del informe elaborado por Enrique Gimbernat Ordeig en respuesta a los dictámenes emitidos por Francisco Muñoz Conde.

PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC DEL ESTADO**Casos Fujimori-Montesinos**

Resoluciones Supremas N° 240, 242-2000-JUS; 064, 133, 353, 355 y 356-2001-JUS; 016, 017, 018, 019, 020-2002, 276, 277 y 281-2002-JUS;

Resolución de la Presidencia del Consejo de Defensa Judicial del Estado

Núm. 004-2001-JUS/CDJE-P

Lima, 15 septiembre de 2003

Señor Profesor

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Presente.-

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de agradecerle el informe elaborado por usted sobre la viabilidad procesal de utilizar legítimamente, como prueba de cargo contra Montesinos y otros acusados, los vídeos que aquél grabó subrepticamente de sus conversaciones.

El que usted, con una ganada reputación por su independencia intelectual y académica, emita un informe sobre este tema resulta un apoyo fundamental en nuestros esfuerzos por combatir la corrupción que afectó nuestro país durante la última década. Asimismo, su gesto de desprendimiento, al ocupar gratuitamente su valioso tiempo en esta tarea, habla bien de su calidad humana y sus sólidos valores de hombre de derecho.

Es por ello, señor Profesor, que por medio de la presente le hago llegar el profundo agradecimiento, tanto personal como a nombre de los integrantes de esta Procuraduría Ad Hoc, por el aporte realizado. Tenga por seguro que si este proceso, como anhelamos, culmina en forma exitosa, y avanzamos algunos pasos en la construcción de una sociedad más justa y honesta, parte de dicho logro le corresponderá también a usted.

Sin otro particular quedo a su disposición para los fines que estime pertinentes.

Atentamente,

LUIS G. VARGAS VALDIVIA

Procurador Ad Hoc

IV

Vale.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

NOTICIARIO

*Acto de jubilación académica del Prof.
Dr. Don Francisco Bueno Arús, celebrado en
ICADE, el 19 de diciembre de 2006*

«LAUDATIO» PACO BUENO ARÚS

I

Corría el año de 1973. Eran los momentos principiantes de la realización de mi decidida ocupación docente. En la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, donde enseñaba, mi maestro, el profesor Enrique Gimbernat Ordeig, era miembro del Tribunal que debía juzgar la tesis doctoral de Francisco Bueno Arús. El tema elegido por el doctorando era una materia penológica –su primera dedicación, nunca abandonada– profundamente española: la redención de penas por el trabajo, asunto que, sin embargo, hasta ese instante carecía de una monografía de auténtico relieve en nuestra literatura especializada. Mi querido maestro realizó un sencillo gesto pero de contenido determinante para mi vida profesional: me alcanzó, pulcramente encuadernado en rojo, el color de nuestra carrera, el brillante y extenso texto que contenía el objeto de la mencionada investigación con la recomendación de que la trabajara.

Yo venía de finalizar mis estudios en el mismo Centro hacía muy pocos años y de acercarme al hecho penitenciario, en particular, por mis esforzadas defensas como abogado ante el Tribunal de Orden Público, el temible TOP, y consiguientes visitas a mis clientes, fundamentalmente en la hoy desafectada prisión de detención de hombres de Carabanchel. Y tal vez por ello, quizás por el limpio ejemplo paterno –mi inolvidable padre fue muy joven médico de prisiones– o incluso por explorar campos si no nuevos sí menos trillados científicamente, más acordes con mi sentimiento del Derecho penal, ya me sentía atraído de lleno hacia el terreno de la ejecución penal en general. Pero cuando recibí de manos de Enrique Gimbernat la lúcida obra de Bueno Arús, a medida que mi lectura avanzaba, me decía a mí mismo que yo quería escribir, algún día, un libro como ése, de tal envergadura, y tomar nota, para hacerlos míos, de la translúcida vocación, honestidad intelectual y extremado rigor que destilaban sus abundantes y sabias páginas.

Fue mi primer contacto con nuestro hoy más que merecidamente homenajeado. En el inmediato después nos relacionamos hasta llegar a una confraternización que, escasos años mas tarde, alcanzaría sus momentos álgidos. Seguí leyendo y aprendiendo de Paco Bueno. Trocábamos nuestras respectivas obras y le envié, ilusionado y cuidadoso, junto con mis primeros libros y artículos, con cariño y reconocimiento, mi propia tesis doctoral —«Régimen penitenciario de España»— que defendí en el año 1974 en el mismo Salón de Grados, que siempre recorro con complacencia, donde él lo hizo, y que publiqué al año posterior.

El tiempo siguiente transcurrió con el compañerismo propio en nosotros de decorosos profesores universitarios. Ambos superando las oposiciones al cuerpo de Profesores Adjuntos en nuestra materia del Derecho penal, Paco Bueno unido siempre a sus sucesivos maestros, José Antón Oneca, primero y José María Rodríguez Devesa, después; y yo compenetrado cada día más con mi repetido, único y excepcional maestro, Enrique Gimbernat. La temprana entrega al Estado fue cubriendo iniciales etapas en la labor concienzuda de Bueno Arús, mientras yo me veía abocado a elegir, por decisión propia, entre mis dos incompatibles cariños, dándome así de baja como letrado ejerciente y comenzando mi exclusiva dedicación a la enseñanza en la Facultad que únicamente he marginado temporalmente, volviendo siempre a ella, por el ejercicio de los cargos públicos. Pasaron así dos serenos y próximos años pues los otros dos inmediatos nos alejó, relativamente, mi destino en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Pero continuó el profundo cauce de los intercambios de publicaciones y las noticias recíprocas siempre recibidas con curioso interés —«¿Qué dirá Paco ahora?», «¿Qué se le habrá ocurrido a Carlos?»—, indemne impaciencia, sumo agrado, especial alegría y, en mí, sincera actitud discipular.

II

A finales del mes de marzo de 1978 cambió mi vida. Fui designado por el Gobierno de la UCD, siendo Presidente el gran Adolfo Suárez y Ministro de Justicia el no menos trascendente Landelino Lavilla Alsina, Director General de Instituciones Penitenciarias. Tenía 31 años. El honor era muy superior a mi edad. La dificultad y el riesgo también respecto al habitual. Me enfrentaba a un arduo panorama, todavía recordado cuando se rememora el triunfo final sobre la inicial desesperanza, propio de la intransitable transición democrática en este campo. Por ello, simple y llanamente, necesitaba a los mejores. Me acordé instantáneamente de Bueno Arús y cuando

requerí su imprescindible ayuda, en nombre de nuestra sólida amistad, para esta etapa realmente de excepción, acudió solícito, valiente, sin vacilar, sin objeciones, a mi lado ocupando la jefatura del Servicio Técnico-Jurídico, número dos efectivo de la Dirección en el viejo organigrama del Ministerio.

Desde el primer instante comprendió el reto en el que nos empeñábamos, identificándose intensamente con él. Redactó, manos a la obra conmigo, las mejores Órdenes Circulares de aquellos tiempos (permisos de salida, régimen de aislamiento o de «vida mixta» o educación) y permanentemente mostraba el mismo criterio que el mío cuando revisábamos y resolvíamos los recursos de alzada de los internos contra las sanciones disciplinarias impuestas por las Juntas de Régimen de los establecimientos, competencia exclusiva, en aquella oscura legalidad vigente que empezábamos a despejar, del Centro Directivo. Además comentábamos los variados aspectos de la futura legislación, redactando algunas enmiendas transaccionales al texto, norma fraguada definitivamente en mi despacho, y que se estaba ya discutiendo en las Cámaras, luego solemne Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria; y compartimos un similar espíritu solidario de apoyo, tranquilidad y firmeza la tarde de mi atentado. Asimismo hablábamos, lógico es, de las nuevas publicaciones que aparecían en el campo del ordenamiento penal y penitenciario y de la añoranza de las aulas de madera de la enseñanza universitaria, tarea secundaria, pero nunca olvidada, en aquellos momentos de entusiasmo reformador.

Cuando cumplí definitivamente con mi deber, como efectuó todo aquel magnífico grupo de colaboradores, verdadero y cercano, del que he hablado con fervor en otra ocasión, la continuidad en la perenne y sana relación con Bueno Arús mantuvo su recto curso. Nuevas permutas intelectuales o compartir tribunales de tesis doctorales de nuestros respectivos discípulos configuraron los contactos normales. Y al ser nombrado Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional fue él quien, en el año 2000, cogió el teléfono para ofrecerme ser miembro de la Comisión Técnica para la Reforma de las Penas en la que participé, bajo su presidencia, hasta realizar, con más fe y competencia que reconocimiento, la tarea encargada. Era otra ocasión de coincidencia bajo los mismos queridos techos del vetusto edificio de la madrileña calle de San Bernardo 45, sede del Ministerio de Justicia, y de constatar, de nuevo, que los años no habían trastocado nuestra inmutable unión ni, en lo esencial, nuestra identidad en la apreciación y solución de los problemas jurídicos.

Pero el sabio refrán castellano enseña que no hay dos sin tres. En efecto, cuando yo fui designado, en 2004, presidente de la Comisión de estudio sobre la reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria, me correspondió a mí llamar a Bueno Arús para incorporarle a los trabajos redactores que concluyeron un año y medio después. En eso, asimismo, ha consistido nuestra ya lejana convivencia sin sobresaltos. En la permanente y mutua lealtad, en el sumo aprecio personal y elevadísimo respeto profesional.

III

Esperaba esta hora. Quería expresarme así delante de los familiares, compañeros de claustro, alumnos y personas queridas de Paco Bueno. Hoy nos encontramos aquí, en su centro docente por excelencia, de tanto tiempo, en este inmejorable marco, rindiéndole todos los presentes y, claro es, yo el primero, el merecido homenaje con ocasión de la correspondiente publicación colectiva dedicada en su honor con motivo de su jubilación. La Revista de Estudios Penitenciarios, de la que fue Director, en su número Extra 2006, acoge una serie de artículos de grandes amigos, especialistas destacados, discípulos y compañeros que han escrito para Francisco Bueno Arús. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias ha sido generosa al recoger sin vacilar y con el máximo entusiasmo mi iniciativa y afrontar la edición del cuidado volumen entrañable y técnico a la vez. En la sensible persona de su Directora General, Mercedes Gallizo Llamas, que entendió perfectamente la ocasión, no dejándola escapar ni desperdiciándola, quiero centrar la elevada deuda que deja en todos nosotros, los autores, y, estoy seguro, en el gran protagonista de este acto.

Se reconoce así y ahora, de manera rotunda, en Paco Bueno al gran jurista lleno de vocación universitaria, conocimientos interdisciplinarios y saturado de valiosos servicios a España. Ha ingresado por oposición en prestigios cuerpos estatales, ostentado importantes cargos en el Ministerio de Justicia y en el Consejo General del Poder Judicial, ha representado a nuestro país con suprema dignidad ante organismos internacionales, en especial, el Consejo de Europa; luce con orgullo en su toga académica alguna de las condecoraciones nacionales más elevadas y su obra, inteligente, documentada, inteligible, decente y equilibrada, puede fácilmente llenar muchos estantes de las librerías de Derecho.

Bueno Arús es un humanista, amante y conocedor empedernido de nuestras letras y de nuestra poesía. Los que le conocemos bien sabemos que sus conocimientos trascienden al mundo escueto de lo

jurídico; me pide paso así el recuerdo del pasado y, dentro del mismo, el adecuado dicho del Dr. Gregorio Marañón, compañero de mi abuelo y amigo de mi familia, que yo escuché en mi casa madrileña de labios de mi extraordinaria madre, referido a que «quien sólo sabe medicina, ni medicina sabe». Es evidente que Paco Bueno sabe algo más que Derecho y de normas penales. Bueno Arús ha sido también, toda su vida, un gran profesor a la antigua. Modélico en el cumplimiento de sus obligaciones con los estudiantes y exquisito en el trato con los colegas. Como maestro, con amplitud recompensado anímica e íntimamente. Con devotos discípulos, hoy presentes, a quienes entregó su sacrificio en las largas épocas de iniciación y preparación y con quienes compartió su satisfacción en los momentos de éxito. Y desde luego, Francisco Bueno Arús mantiene una elevadísima inquietud intelectual. Sigue dando muy buenas clases, publicando y dictando excelentes conferencias y ponencias, en ocasiones dolidas, es verdad, acerca de nuestro Derecho Penal, pero siempre presididas por el limpio oriente de la verdadera crítica y sincero análisis en la búsqueda de lo mejor y más adecuado para los instrumentos punitivos de nuestra pacífica convivencia. Es pues, en definitiva, uno de esos especiales e ingentes personajes del mundo de las leyes que convierten en brillo claro cuanto tocan.

Como soy un clásico, por edad, aprendizaje, formación y convicción, quiero finalizar esta intervención, al igual que hacíamos, con corrección unánime y pactada, en las oposiciones de nuestra época, con una frase ajena, lúcida, redonda y oportuna, de un muy destacado autor; en este caso he elegido a Goethe y construido una paráfrasis. El genio alemán, al escribir los luminosos recuerdos treintañeros de su «Viaje a Italia», adjetiva a Venecia, la ciudad de atractivo invencible porque puede desaparecer un día sumergida en las aguas del Adriático y no volverse a contemplar, como meditaba melancólico Giovanni Papini, con un calificativo que hoy quiero yo rescatar y aplicar a la personalidad, labor docente e investigadora de Francisco Bueno Arús. Paco es –aquí la paráfrasis– solo comparable consigo mismo. Enhorabuena, mi muy querido amigo, de todo corazón.

Nada más y muchas gracias.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

ÍNDICE

Págs.

SECCIÓN DOCTRINAL

<i>Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión</i> , por Claus Roxin	5
<i>El desistimiento en la tentativa acabada. Lectio doctoralis</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	25
<i>Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: La victimología de máximos, después de Auschwitz</i> , por Antonio Beristain	35
<i>Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso</i> , por Urs Kindhäuser	63
<i>Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización</i> , por Bernd Müssing	83
<i>Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs</i> , por Bernardo Feijoo Sánchez	111
<i>Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales</i> , por Patricia Faraldo Cabana	135
<i>En los límites del Derecho penal frente la violencia doméstica y de género</i> , por Carolina Bolea Bardón	181
<i>Técnica legislativa y antijuridicidad</i> , por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro	217
<i>El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados</i> , por María del Carmen Molina Mansilla	277

CRÓNICA EXTRANJERA

<i>Justicia penal internacional y amnistía</i> , por Jorge Fernando Perdomo Torres	355
--	-----

SECCIÓN LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro	375
--	-----

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sección dirigida por Santiago Mir Puig. Contaminación acústica. ¿Delito de lesiones y/o coacciones o contra el medio ambiente?</i> , por Mirentxu Corcoy Bidasolo	399
<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Gema Martínez Galindo	425
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro y Abel Téllez Aguilera	509

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

557

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

<i>Revista de libros</i>	
<i>Reseña del libro La culpabilidad penal de la empresa</i> , de Carlos Gómez-Jara Díez, por Nuria Pastor Muñoz	625
<i>Reseña del libro La coautoría en Derecho penal</i> , de Victoria García del Blanco, por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro	642
<i>Revista de Revistas</i>	
<i>Revista Penal 13 (enero 2004); 14 (julio 2004)</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	653

NOTICIARIO

<i>Acto de jubilación académica «Laudatio» de Francisco Bueno Arús</i> , por Carlos García Valdés	669
---	-----

Los autores del delito de blanqueo de bienes
en el Código Penal Español de 1995.
Especial alusión a los proveedores de bienes
y/o servicios: el caso de los Abogados
y Asesores Fiscales (1)

PATRICIA FARALDO CABANA

Profesora titular de Derecho Penal. Universidade da Coruña

1. DETERMINACIONES PREVIAS

Las enormes posibilidades ofrecidas por la actual estructura financiera mundial han favorecido la proliferación de una serie de comportamientos que aspiran a introducir en el tráfico económico legal los cuantiosos beneficios obtenidos a raíz de la realización de delitos, es decir, que pretenden el blanqueo de los bienes (2) proce-

(1) La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre «Globalización económica y nuevos riesgos» (SEJ2004-07418/JUR) por el Ministerio de Educación y Ciencia, del cual es investigador principal Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho penal de la Universidade da Coruña. Asimismo quisiera agradecer desde aquí la invitación que me cursó Lorenzo Picotti, Ordinario di Diritto Penale dell'Università degli Studi di Verona y querido amigo y colega, para participar con este tema en el IV Congreso Hispano-italiano de Derecho penal económico, celebrado los días 7 a 9 de octubre de 2004, que supone la continuación de una iniciativa que tuvo su primera plasmación en A Coruña en 1998 y fue seguida en Pavía en 2000 y en Cádiz en 2002, ofreciendo un foro de discusión y comparación para los penalistas italianos y españoles.

(2) En las siguientes páginas haré uso de este término pese a las críticas que ha suscitado por parte de algunos autores que lo consideran un «neologismo», en pala-

dentes no sólo del narcotráfico sino de todo tipo de conductas delictivas especialmente lucrativas. Estamos ante un fenómeno de alcance transnacional, ya que tanto los delitos de los que provienen los bienes como las actividades blanqueadoras no se circunscriben, por regla general, a un único país sino que traspasan las fronteras nacionales.

Esta constatación ha dado lugar tanto a la adopción de iniciativas a nivel internacional con la finalidad de impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados, así como la coordinación de las actividades internacionales de lucha contra el blanqueo, como a la aprobación de medidas legislativas por parte de los países afectados. El sector penal del ordenamiento jurídico español no ha permanecido al margen de esta actividad, introduciendo en el Código Penal de 1995 (en adelante, CP) el delito de blanqueo de bienes procedentes de la comisión de un delito.

El antecedente inmediato de la vigente regulación del blanqueo de bienes se encuentra en la modalidad de receptación contenida en el artículo 546 *bis f*) del derogado Código Penal de 1944/1973 por la Ley Orgánica (en adelante LO) 1/1988, de 24 de marzo (3), posteriormente sustituida por los artículos 344 *bis h*) y 344 *bis i*) de

bras de VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1461; «puro argot», en expresión del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Proyecto de Código penal de 1992», *Cuadernos del CGPJ*, núm. 11, 1992, p. 245; o un término «más propio de la jerga periodística que de un Código Penal», como señala BAJO FERNÁNDEZ, M., «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 146. Y utilizaré el término blanqueo por dos razones fundamentales: la primera, porque ha recibido el respaldo que supone su uso en el lenguaje comunitario, como demuestra el texto español de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, y la segunda, porque también es el término escogido por el legislador español a la hora de redactar el precepto correspondiente del Código Penal de 1995. Sobre su origen y empleo, *vid.* extensamente ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 21-28; BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 92-96.

(3) Sobre este precepto, ampliamente, *vid.* Díez RIPOLLÉS, J. L., «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en MARTÍNEZ ARRIETA, A. (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJ I, 1994, pp. 155 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La receptación específica», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Edersa, Madrid, 1990, *pássim*.

dicho texto legal, incorporados por la LO 8/1992, de 23 de diciembre (4), de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, que introduce en el Derecho interno español el contenido de la Directiva 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, la cual a su vez seguía de cerca lo dispuesto en la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990.

El Código Penal de 1995 unifica en un mismo capítulo, bajo la rúbrica «de la receptación y otras conductas afines», comportamientos que antes se hallaban dispersos en títulos tan diversos como los dedicados a los delitos de riesgo en general y a los delitos contra la propiedad, lo que ha sido acogido favorablemente por la doctrina.

No podemos silenciar, sin embargo, que se ha puesto en duda esa alegada «afinidad» del blanqueo con la receptación (5), tema sobre el que no es posible extendernos en este momento.

Las distintas modalidades de actuación que hoy se recogen en el artículo 301 CP no son sino una síntesis de las que se contenían en los artículo 344 bis *h*) e *i*) CP 1944/1973, sólo que ahora los bienes pueden proceder de cualquier delito y no exclusivamente del tráfico de drogas, previéndose una agravación específica de la pena para cuando sea éste el caso, lo que permite seguir considerando de plena actualidad buena parte de los comentarios anteriores a la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Por lo demás, en la redacción inicial

(4) Curiosamente, el art. 546 bis *f*) no fue derogado explícitamente por la LO 8/1992, lo que sin duda fue un olvido del legislador. En este sentido se ha manifestado la generalidad de la doctrina. Cfr., entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», *AP* 1994, marginales 178-179; CARMONA SALGADO, C., «La receptación», en MARTÍN PALLÍN, J. A. (dir.), *Delitos contra la propiedad*, CGPJ, Madrid, *CDJ* XV, 1996, p. 281; HUERTA TOCILDO, S., «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines», en Soriano Soriano, J. R. (dir.), *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, *CDJ* XX, 1996, pp. 385-386.

(5) Cfr. por todos, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pp. 353 ss.; ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación», en MARTÍNEZ ARRIETA, A. (dir.), *El encubrimiento*, cit., p. 115; SUÁREZ GONZÁLEZ, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen II*, Ceura, Madrid, 1998, p. 565.

del Código Penal de 1995 sólo se sancionaba el blanqueo de bienes procedentes de la comisión de un delito «grave», adjetivo que desaparece en la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2004 (6).

A continuación se analiza el autor en los tipos básicos del artículo 301 CP, prestando particular atención a la cuestión de la posibilidad de castigar a quien ha intervenido en el delito previo como autor de un delito de blanqueo en el caso de que lleve a cabo la conducta típica, así como al pariente sea del autor del delito previo sea de la víctima de ese delito previo, y las agravaciones por la especial condición del sujeto activo contenidas en los artículos 302 y 303 CP. Este trabajo se cierra con el análisis de la responsabilidad penal por delito de blanqueo que puede derivar de la realización de comportamientos normales, neutrales o socialmente adecuados, prestando particular atención a la conducta del abogado y del asesor fiscal.

2. EL AUTOR DE LOS TIPOS BÁSICOS DEL ARTÍCULO 301 CP

El sujeto activo es indiferenciado, de forma que cualquiera puede cometer el delito de blanqueo de bienes. Estamos ante un delito común, ya que no se restringe el círculo de sujetos activos a un determinado grupo de personas que deba reunir una característica concreta.

Dicho esto conviene puntualizar que de acuerdo con un importante sector doctrinal y jurisprudencial deben ser excluidos de la esfera de posibles sujetos activos quienes hayan participado por cualquier título en la comisión del delito del cual provienen los bienes que se blanquean (7), invocando diversas razones. Y ello a pesar de

(6) Sobre esta reforma, *vid.* ABEL SOUTO, M., «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003», *La Ley Penal*, núm. 20, octubre de 2005, pp. 24-25, que la califica de «aberrante» y destaca las consecuencias no deseables a que conduce; COBO DEL ROSAL, M., «La recepción de las normas de la Comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales», *CPC*, núm. 85, 2005, pp. 61 y 63, que afirma que es desmesurada, radical; o GARCÍA ARÁN en J. CORDOBA RODA/M. GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1155, para quien resulta «incomprensible».

(7) En este sentido, *cfr.* por todos, GONZÁLEZ RUS en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 852; MORENO CÁNOVES, A./ RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal (concordados y con*

que la ley no excluye expresamente del ámbito de posibles sujetos activos a quienes han intervenido como autores o como cómplices en el delito previamente cometido, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de encubrimiento (8) y de receptación (9).

jurisprudencia), Edijus, Zaragoza, 1996, p. 386; RUIZ VADILLO, E.: «El blanqueo de capitales en el Ordenamiento Jurídico español. Perspectiva actual y futura», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 1992, p. 115, desde una perspectiva «*de lege ferenda*»; SUÁREZ GONZÁLEZ en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 566; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 110-113. Más ampliamente, vid. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 461 ss.

En la jurisprudencia son paradigmáticas las SSTs de 23 de mayo de 1997 (Ar. 4292), 15 de abril de 1998 (Ar. 3805) y 19 de febrero de 2002 (Ar. 3721). Se suele optar por aplicar la regla de la absorción o consunción, tercera del art. 8 CP, y entender que quien interviene en el delito previo no puede ser sancionado autónomamente por blanqueo de los bienes procedentes de ese delito previo. En la jurisprudencia de los tribunales inferiores vid. la SAP de Palma de Mallorca de 25 de octubre de 1999. Sin embargo, esta posición no es unánime. La STS de 28 de julio de 2001 (Ar. 8334) declaró la posibilidad de que el autor del delito previo pueda ser autor o cómplice del delito de blanqueo de bienes, posibilidad que parece admitir también la STS de 19 de diciembre de 2003 (Ar. 2004/2128).

(8) Vid. el art. 451 CP: «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice...».

(9) Vid. el art. 298.1 CP: «El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice...».

En el delito de receptación la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entendían, ya con la regulación anterior, que no contenía expresa mención a la excepción que nos ocupa, que «por lo que al sujeto activo se refiere, la única limitación que se hace es que quien realiza la conducta receptadora no haya participado en la comisión del delito del que el bien receptado procede...». Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 44-45. Vid. entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Encubrimiento y receptación*, Bosch, Barcelona, 1955, p. 124, quien sostiene que en el sujeto activo de la receptación ha de concurrir la condición de ser por completo ajeno a toda participación en el delito principal receptado; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen II*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 983, quien afirma que aun cuando no se halle contenido en la configuración dada por el texto legal a esta infracción es un elemento integrante de ella que el agente no haya intervenido en modo alguno en la ejecución del delito contra la propiedad de cuyos efectos se aprovecha, debiendo ser su actuación de modo exclusivo posterior a la perpetración de aquél, o encaminada tan sólo al aprovechamiento de sus efectos; MARTOS NÚÑEZ, J. A., *El delito de receptación*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 204-208; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Tomo III. Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1978, p. 390, para quien «sujeto del delito tipo de receptación... puede ser cualquiera, pero sobre el presupuesto negativo de no haber participado como autor o cómplice del delito base, cualidad que desplaza toda posible exigencia de responsabi-

Esta posición se basa en el principio general que afirma la impunidad del autoencubrimiento, con la sola excepción de que se cometa un nuevo delito (10). No puedo aquí profundizar en la polémica existente en torno al fundamento de esta impunidad. Baste señalar que en su desarrollo se han mantenido dos tesis principales: la primera afirma que el blanqueo de bienes es un delito posterior copenado con relación al delito previo (11), mientras que la segunda considera aplicable el principio general de

lidades, que de darse, equivaldrían a incriminar el autoencubrimiento». Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La receptación específica*, cit., pp. 491-492, mantenía una posición matizada, en el sentido de entender que si la intervención del autor o partícipe del hecho principal en la receptación específica tiene el sentido de un autoencubrimiento no debe sancionarse, pero sí si lo pretendido es la realización de un nuevo hecho lucrativo en sí mismo.

(10) En este sentido, cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, A., «El encubrimiento», en A. MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento*, cit., p. 42; ROMERAL MORALED A, A./GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993, p. 218; ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Receptación y blanqueo de capitales», en AA.VV., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. III*, Madrid, 1996, pp. 468-469. Esta posición se relaciona estrechamente con una concepción del blanqueo como delito contra la Administración de Justicia. Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 111.

(11) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid, 2001, p. 689, que apuntan que «el autor del delito previo del que traen su origen los bienes no puede ser autor del delito de blanqueo, ya que... entonces el blanqueo constituiría un acto posterior copenado ya incluido en el desvalor del delito precedente y, por lo tanto, impune»; GONZÁLEZ RUS en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso, Parte especial I*, cit., p. 852, donde señala que «el precepto parte de la base de que los comportamientos castigados están realizados por un tercero que no es autor ni partícipe del delito del que traen su origen los bienes, pues si así fuera se trataría de un acto posterior impune»; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 386, quienes apuntan que el desvalor de la conducta queda consumido por el delito antecedente; SUÁREZ GONZÁLEZ en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 863, donde afirma que «sujeto activo de estas modalidades de conducta sólo pueden serlo quienes no hayan participado en el delito del que originariamente provienen los bienes, ya que de ser responsables del mismo las conductas aquí reguladas constituirían actos posteriores impunes», repitiendo literalmente lo que ya señalara en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 566; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 390 ss., quien señala que «el contenido de injusto del delito previo, ya se opte por integrarlo con el desvalor de resultado, el de acción, o ambos, es capaz de abarcar el contenido de injusto de los actos que coinciden con la descripción típica del blanqueo de capitales»; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 112-113, donde puntualiza que en los casos en que el sujeto que ha cometido un delito grave realiza con posterioridad una conducta incardinable en otro tipo penal con el fin de dar apariencia de legalidad al bien que ilícitamente ha obtenido, «entendemos habrá de recurrirse a la vía del concurso de infracciones entre el delito principal y el cometido ulteriormente», mientras que «si el dinero proveniente de la comisión de un delito grave se sustituye por cualquier otro bien, esta conversión quedará copenada en el delito prin-

inexigibilidad de otra conducta (12). Se opte por una tesis o por la otra, el resultado consiste en negar que los autores y partícipes en el delito previo puedan ser sancionados como autores o partícipes en el delito de blanqueo.

Pues bien, en mi opinión es preferible una interpretación alternativa que admita la sanción del autor o de los partícipes en el delito previo que cometan un delito de blanqueo de los bienes obtenidos, como la que está realizando otro sector de la doctrina (13). Cabe ale-

cial, aunque esta transformación suponga la ocultación del verdadero origen del bien y, por tanto, de la comisión del delito previamente cometido» (p. 113, nota núm. 210); ZARAGOZA AGUADO, J. A., *Receptación y blanqueo de capitales*, cit., pp. 457 y 468-469. En contra, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 466 ss.; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 234 ss.

Este argumento también es empleado en Alemania para justificar la impunidad del autor del delito previo que ha intervenido sea como autor que como partícipe en el blanqueo. Cfr. por todos BURR, C., *Geldwäsche-Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Diss. Siegburg, 1995, p. 60; OSWALD, K., *Die Implementation gesetzlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Iuscrim, Freiburg i. Br., 1997, p. 72, quien puntualiza, no obstante, que el partícipe en el delito previo sí puede ser sancionado como autor en el delito de blanqueo de bienes, ya que ha participado en un hecho ajeno. La cuestión es discutida. En contra, *vid.* KÖRNER, H. H., *Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz*, 4. Aufl. C. H. Beck, München, 1994, § 261, Rn.1054.

(12) Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 470 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 110-111, quien reconoce la debilidad de la línea argumental que se limita a aludir a la regla de la impunidad del autoencubrimiento y opta en ocasiones por la tesis del acto copenado en el delito principal y en otras por la inexigibilidad de otro comportamiento. Críticamente, CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo*, cit., pp. 237-243.

(13) *Vid.* entre otros CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 129 ss.; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 241-243; Díez RIPOLLÉS, J. L., *El blanqueo de capitales*, cit., p. 611; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 318 y 368-369; FERRÉ OLIVÉ, J. C., «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», en J. C. FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, p. 92; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 304; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 510-511; PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», en T. S. Vives Antón/J. L. Manzanares Samaniego (eds.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 448-449. También comparte esta posición ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 176-178, quien únicamente excepciona de esta posibilidad los actos realizados «para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos», por entender que en ella «es necesaria la ajeneidad de la realización del delito previo». A mi juicio, sin

gar varias razones. En primer lugar, la posición que adopto en relación con el bien jurídico protegido, que concibe el blanqueo como un delito pluriofensivo (14), favorece entender que los intervinientes en el delito previo pueden ser autores del delito de blanqueo (15), pues su conducta no puede entenderse consumida en el delito previo al no afectar a los mismos bienes jurídicos (16). En segundo lugar, no es lógico afirmar que el delito previo absorbe el desvalor del blanqueo cuando éste, a diferencia del encubrimiento y de la receptación (17),

embargo, esta cláusula no impide castigar a uno de los intervinientes en el delito previo que realiza actos para ayudar a otro a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Considera que la posibilidad de sanción a los intervinientes en el delito previo es la alternativa preferible desde una perspectiva político-criminal, si bien no la comparte «*de lege lata*», BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 501-502.

(14) Cfr. FARALDO CABANA, P., *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995*, EPC XXI, 1998, pp. 117 ss.

(15) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 332, que se refiere al bien jurídico de naturaleza socioeconómica; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 494 ss. Vid. también ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 171; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 234-237; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 317-318. En efecto, la impunidad del autoencubrimiento se basa en que el hecho posterior resulta copenado en el previo cuando no lesiona un nuevo bien jurídico, sino sólo el que ya ha sido menoscabado previamente con el delito previo, cosa que no sucede en el caso que nos ocupa, pues incluso tratándose el delito previo de un delito socioeconómico el blanqueo no quedaría consumido en él, ya que también tutela la Administración de Justicia.

(16) En este sentido, vid. entre otros ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 171, quien apunta que «es muy difícil entender el blanqueo como un hecho posterior copenado porque no existe una identidad de bienes jurídicos entre el delito previo y el de blanqueo, de modo que difícilmente puede afirmarse que el contenido de injusto del delito previo integra el contenido de injusto del delito de blanqueo»; CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 133-134, que subraya la falta de identidad de bien jurídico protegido; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 236; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 548-549.

(17) Art. 298.3 CP (receptación): «En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

Art. 452 CP (encubrimiento): «En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de

puede castigarse con pena superior a la que corresponde al delito previo, lo que demuestra su independencia respecto de éste (18). En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de encubrimiento y de receptación, en el blanqueo el legislador no ha señalado de forma expresa que el responsable no puede haber intervenido en el delito previo ni como autor ni como cómplice, lo que es un claro indicio de que se deja abierta la posibilidad de sancionar a los intervinientes en el delito previo por el blanqueo de los bienes que de él proceden (19).

Al respecto cabe señalar que el artículo 6 apartado 2 epígrafe b) del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, firmado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 (BOE de 21 de octubre de 1998), permite a los Estados miembros regular expresamente que los delitos de blanqueo «no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal», lo que da a entender claramente que si no se hace salvedad expresa quedan incluidos en el ámbito de sujetos activos, lo que sería la regla general (20).

A todo ello se añade que el principio general que afirma la impunidad del autoencubrimiento establece, como hemos visto, la excepción de que se cometa un nuevo delito, que es precisamente lo que sucede cuando se blanquean los bienes procedentes de la comisión de un delito, ya que en este supuesto se está cometiendo un nuevo delito que es objeto de incriminación expresa por el legislador (21).

multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

(18) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 171.

(19) Cfr. en este sentido BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 501 ss., quien afirma que «en efecto, este puede ser un fuerte indicio de que el legislador, en cierta medida, deja abierta la posibilidad de sancionar a los intervinientes en el delito previo por el posterior blanqueo», si bien con cierta reticencia por cuanto se refiere al Derecho positivo español ya que, como hemos visto, es partidario de entender que en la actualidad no es posible sancionar al interviniente en el delito previo por el blanqueo realizado en un momento posterior; MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., pp. 548-549; o VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios, II*, cit., pp. 1462-1463.

(20) En este sentido vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 174, citando a VOGEL, J., *Geldwäsche- ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?*, ZStW 1997, p. 339.

(21) En este sentido, cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 171-172; CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales*, cit.,

Cierto es que puede reprocharse a la postura aquí adoptada que lleva a una penalidad excesiva en casos de escasa importancia, en particular una vez que ha desaparecido la exigencia de que el delito previo sea «grave», pero ha de tenerse en cuenta que no puede afirmarse sin más que el aprovechamiento o la ocultación de los bienes procedentes de la comisión del delito previo integre materialmente la fase de agotamiento de ese delito. Supone el simple agotamiento la conducta consistente en el mero disfrute del beneficio ilícitamente obtenido o su transformación en bienes de consumo que aprovecha directamente el interviniente en el delito previo, pues en estos casos no se dificulta su detección por la Administración de Justicia. En cambio, se aplicará un concurso real entre el delito previo y el de blanqueo cuando ese beneficio sirve de base para una actividad comercial o de inversión. «Así pues, la compra de un coche deportivo para su disfrute por el narcotraficante no es un acto de blanqueo, mientras que si ese mismo auto se adquiere para ser vendido en el extranjero, y de este modo justificar así un aumento patrimonial que en realidad tiene su origen en su actividad ilícita, estaríamos ante un ejemplo de blanqueo» (22).

No cabe utilizar los mismos argumentos sea respecto de la posibilidad de que el sujeto activo del delito previo pueda ser sancionado por el núm. 2 del artículo 301 CP, sea respecto de las relaciones que se establecen entre los núms. 1 y 2 del artículo 301 CP. En el primer caso, la exigencia típica de que la conducta se dirija a «ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos» (contenida en el núm. 2) obliga a excluir del ámbito de posibles sujetos activos del núm. 2 a quienes intervinieron en el delito previo (23), que en este caso es un delito de blanqueo, lo que se justifica por lo que diremos a continuación. En el segundo caso nos encontramos con que el ataque al bien jurídico protegido comprende varias fases que se sancionan en diferentes números. Si se considera, como aquí

pp. 134-137; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 240 ss. Vid. no obstante PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 383-385, quien entiende que en los casos que nos ocupan «aun cuando naturalísticamente debe hablarse de actos distintos aunque conectados, desde un punto de vista jurídico-penal de ofensa para un bien jurídico no puede sino mantenerse la existencia de una unidad de acto, de un único supuesto fáctico» (p. 385).

(22) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 177.

(23) Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 405; o MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 395.

hacemos, que la conducta descrita en el núm. 2 constituye un encubrimiento específico de la previa adquisición, conversión o transmisión del bien (24), no queda sino afirmar que cuando ambas actividades sean realizadas por el mismo sujeto la primera de ellas no recibe una sanción autónoma (25).

El núm. 2 del artículo 301 CP sanciona con las mismas penas previstas para el núm. 1 a quienes oculten o encubran la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, siempre que se conozca que proceden de la comisión de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos (26).

Por lo que se refiere al objeto material del artículo 301.2 CP, está constituido por los bienes que proceden de un delito de blanqueo o de un acto de participación en él, ya que la conducta típica consiste en ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, propiedad, movimiento o derechos sobre los bienes que, teniendo su origen en un delito, han sido ya transformados o sustituidos.

Las modalidades de conducta son ocultar y encubrir, es decir, esconder o camuflar determinadas características que pueden permitir la identificación del bien en cuestión: la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos (27). De esta forma, si con el primer párrafo del artículo 301.1 CP se pretende reprimir la mera realización de actividades (adquirir, convertir, transmitir bienes o realizar cualquier otro acto) tendentes a un resultado (para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus

(24) Como señalan, entre otros, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 21; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 102-107 y 113; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios, II*, cit., pp. 1465-1466.

(25) Cfr. PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 687-688, quien aplica la regla de la consunción a favor del art. 301.2 CP. Por su parte, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 406-407, y VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 113, entienden aplicable la regla de la consunción (art. 8.3 CP), a favor del art. 301.1 CP.

(26) Su antecedente directo es el núm. 2 del art. 344 *bis h*) del derogado Código Penal de 1944/1973.

(27) Ampliamente, *vid.* BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 316 ss.; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., pp. 395 ss.

actos), en el artículo 301.2 se sanciona la obtención de ese resultado, ocultar o encubrir, por parte del blanqueador (28). Frente a quienes afirman que se trata de una modalidad de la receptación (29) o del encubrimiento (30), considero preferible afirmar que estamos, como he tenido ocasión de avanzar, ante la tipificación expresa de la segunda fase del proceso del blanqueo de bienes, fase en la que se encubre u oculta la previa transformación o sustitución de los bienes ilícitamente obtenidos.

Por otro lado, no es de aplicación a los delitos de receptación y figuras afines la causa personal de exclusión de la pena entre parientes por los delitos patrimoniales cometidos entre sí sin violencia ni intimidación prevista en el artículo 268 CP (31), dentro del capítulo X, «Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», del título XIII, aplicable únicamente a los delitos patrimoniales contenidos en los preceptos anteriores y en ningún caso a los socioeconómicos y patrimoniales que se puedan recoger en los siguientes.

Se afirma mayoritariamente que el fundamento de esta causa personal de exclusión de la pena reside «en la conveniencia de no llevar al proceso y Derecho penal conflictos acaecidos en el íntimo ámbito de la familia, pues la intervención del sistema represivo estatal no serviría más que para complicar la posible solución del conflicto y añadir otro: la comparecencia de la familia en el proceso» (32). Este fundamento, aceptable cuando se habla de delitos

(28) Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *ADPCP* 1993 II, p. 606, en relación con el art. 344 *bis h*) CP 1944/1973.

(29) Como DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El blanqueo de capitales*, cit., pp. 174-175, en relación con el apartado segundo del derogado artículo 344 *bis h*).

(30) Como BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 314-315; ROMERAL MORALEDA, A./GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico y consumo de drogas*, cit., pp. 218-219; o SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*, *CPC*, núm. 58, 1996, p. 134.

(31) Ya se sostenía así antes de la vigencia del Código Penal de 1995. *Vid.*, entre otros, *vid.* CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen segundo*, cit., p. 986. Ciertamente es que para BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1973, p. 127, «la exclusión del delito de receptación del ámbito de la excusa y la inclusión del delito sobre el que el receptor opera conduce a resultados totalmente injustos...».

(32) QUINTERO OLIVARES en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 750. Ampliamente, *vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, cit., pp. 101 ss.;

que tutelan el patrimonio individual, no sería extrapolable al delito de blanqueo de bienes, en el que se tutelan bienes jurídicos no reconducibles al patrimonio individual que no pueden ceder ante consideraciones de este calibre.

Pero ¿qué pasa cuando el blanqueo de bienes es realizado por parientes, cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad a los intervinientes en el delito previo? Piénsese en la frecuencia con que se utilizan cuentas bancarias de parientes cercanos o del cónyuge para el blanqueo, por ejemplo. Precisamente la observación de que en la práctica los traficantes de drogas utilizan habitualmente a su cónyuge o parientes para blanquear el dinero e impedir el conocimiento de la verdadera titularidad de los bienes justifica que, desde un punto de vista político-criminal, se considere desaconsejable que la causa personal de exclusión de la pena aplicable a algunos supuestos de encubrimiento entre parientes se extienda al blanqueo de bienes (33). A esta razón político-criminal puede añadirse, además, que la causa personal de exclusión de la pena contenida en el artículo 454 CP, basada en la inexigibilidad de otra conducta (34), no despliega sus efectos exoneradores de la responsabilidad penal cuando el encubridor auxilia a su pariente para que se beneficie del provecho, producto o precio del delito (art. 451.1 CP), ni se extiende al delito de receptación, por lo que con mayor razón todavía se ha de negar que tenga aplicación en el delito de blanqueo (35).

GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 111 ss., quien, después de afirmar que el encubrimiento entre parientes es una causa de inculpabilidad, sostiene que en la exención de pena entre parientes por la comisión de delitos patrimoniales sin violencia ni intimidación «se estima que la instancia de control social representada por la familia tiene suficientes instrumentos para afrontar el conflicto surgido en su seno. Esta fundamentación resulta ajena a los criterios tradicionales a partir de los cuales se construye lo injusto culpable» (p. 120). En este sentido, *vid.* también PÉREZ MANZANO en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 343.

(33) Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 495; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, cit., p. 333; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 511-512; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., p. 628, llega a hablar de que la cláusula podría convertirse «en un factor criminógeno de primera magnitud».

(34) Cfr. FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 186 ss.

(35) Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 495-498; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 625 ss.

De hecho, la jurisprudencia no la está aplicando. *Vid.* por ej. la STS de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2003\2224), que castiga por blanqueo a la hija de los autores del delito previo de tráfico de drogas, o la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2004\1843), que también sanciona por blanqueo a los cuñados de los autores del delito previo de tráfico de drogas. En otro caso de blanqueo la excluye expresamente, señalando que «nunca podría aplicarse la exención de responsabilidad del artículo 454, pues, en todo caso, el encubrimiento del artículo 451 lo sería de su núm. 1º –auxilio al autor para que se beneficiara del producto de su delito–, expresamente excluido de la mencionada exención en el propio texto del artículo 454», el fundamento jurídico sexto de la STS de 19 de febrero de 2002 (Ar. 3721).

Sin embargo, algún autor aboga por una interpretación extensiva favorable al reo de esta causa personal de exclusión de la pena (36). A mi juicio se trata de una interpretación analógica (37), más que extensiva, lo que obliga a plantearse la posibilidad de utilizar la analogía *in bonam partem* cuando no existe un precepto legal que la autorice expresamente (38), sea con relación a una causa de levantamiento de la pena (39), sea con relación a una causa de exclusión de la pena, que es el aspecto que me va a ocupar.

En el Derecho penal, como en las otras ramas del Derecho, la interpretación consiste en la operación de buscar el sentido de los

(36) Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 134-135.

(37) Así lo reconocía la doctrina anterior al Código Penal de 1995 cuando proponía la aplicación de la causa personal de exclusión de la pena por el parentesco en los delitos contra el patrimonio a la receptación. Por ej., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, E., *Encubrimiento y receptación*, cit., p. 211, sostenía que quizá pudiera defenderse la impunidad de la receptación entre parientes con una interpretación analógica de la excusa absolutoria, por ej. para evitar que en un supuesto en que el autor de un hecho queda exento de pena de acuerdo con ella, su hermano, si se aprovecha de los efectos procedentes de ese delito, deba responder por receptación. Aceptaba esa aplicación analógica MARTOS NÚÑEZ, J. A., *El delito de receptación*, cit., pp. 271-280.

(38) El artículo 21.6 CP recoge la única autorización expresa para el empleo de la analogía *in bonam partem*. Sobre la polémica en torno a la admisión o no de la analogía *in bonam partem vid.* FARALDO CABANA, P., «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña* núm. 1, 1997, pp. 237 a 257.

(39) Tema del que me he ocupado en FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 199 ss.

preceptos jurídico-penales, para lo cual el intérprete se sirve de los criterios generales de interpretación elaborados en el marco de la teoría general del Derecho. Cuando se trata de fundamentar o agravar la responsabilidad penal está prohibido ir más allá de el sentido literal posible del texto y recurrir a la analogía *in malam partem* para colmar lagunas legales (40), prohibición que se fundamenta en la vigencia del principio de legalidad. Ahora bien, cuando se trata de limitar o eximir de responsabilidad penal se plantea la cuestión de si está permitido o no acudir a la analogía. De acuerdo con un destacado sector doctrinal la analogía favorable al reo no sobrepasa el límite de garantía que representa el tenor literal de la ley, puesto que «dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio» (41).

Por mi parte, considero que no es aceptable una aplicación analógica de las causas de exclusión de la pena a delitos que no las prevén expresamente. El artículo 4.1 CP señala que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», sin distinguir si en el supuesto concreto se pretende favorecer o no al reo. El núm. 3 establece, además, que el Juez o Tribunal «acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendi-

(40) En torno a las diferencias entre interpretación extensiva y analogía, vid. por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E., «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho Penal», *Anuario de Derechos Humanos* núm. 2, 1982, pp. 19 ss.; COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J., «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 201 ss.

(41) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed. Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 124-125, nm.42. En el mismo sentido, vid. LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996, p. 137. Afirma BACIGALUPO ZAPATER, E., «La “rigurosa aplicación de la ley”», *ADPCP* 1995, p. 856, que «la analogía *in bonam partem* así como la creación de causas supraleales de exclusión de la punibilidad, basadas en principios generales del orden jurídico, por consiguiente, *no vulneran nunca el principio de legalidad*» (cursivas en el original).

dos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo». De este inciso se infiere, a mi juicio, la prohibición de analogía *in bonam partem* (42). No me parece aceptable la propuesta de Gracia (43), en el sentido de entender que «la mención expresa de la alternativa de petición de indulto se ha introducido en el artículo 4.3 CP como remedio para los casos en que, estimando el Juez o Tribunal que la acción u omisión no debieran ser penadas, no hayan podido excluir la punibilidad ya antes ni siquiera mediante la aplicación de una eximente por analogía por no haber « semejanza e identidad de razón » en el suceso enjuiciado con respecto al supuesto de hecho de laguna de las eximentes reguladas expresamente en el Código y no ser procedente, por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, la aplicación analógica de la ley ». Para rechazar esta interpretación no son decisivos los argumentos basados en la seguridad jurídica, puesto que imponer penas menos graves o eximir completamente de pena al reo no parece atentar contra dicho principio, aunque el tema es discutible. Sin embargo, sí son atendibles consideraciones « dimanantes del principio de división de poderes que, en materia tan importante como la penal, requiere una delimitación muy precisa » (44). En efecto, el Juez o Tribunal se arroga funciones propias del legislador cuando decide aplicar una causa de levantamiento de la pena a un supuesto para el que no está expresamente prevista, incumpliendo las exigencias de taxatividad y reserva de ley y vulnerando, por tanto, el principio de legalidad, que informa tanto la legislación penal favorable al reo como aquella que es desfavorable para él (45). A ello se añade que cuando el legislador ha

(42) Ya extraía esta conclusión a partir del precepto correspondiente del Código Penal de 1944/73 Córdoba en CORDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 59-60. Vid. también CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 173, quien admite la analogía *in bonam partem* únicamente cuando esté autorizada expresamente, como ocurre en el art. 21.6 CP, pese a afirmar que esta regulación constituye un grave error del legislador, ya que la posibilidad de aplicar eximentes por analogía « no es contrario al principio de legalidad »; del mismo autor, « La regulación del *iter criminis* », cit., pp. 16-17.

(43) GRACIA MARTÍN, L., « El *iter criminis* en el Código Penal español de 1995 », en AA.VV., *El nuevo sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, CDJ XXVII, 1997, p. 268.

(44) Por todos, Vives en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios*, I, cit., p. 58.

(45) En este sentido, vid. COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, cit., pp. 202-203. En efecto, el principio de legalidad es la concreción política de la idea democrática del Derecho según la cual la legislación corresponde al pueblo, de forma que la creación analógica del Derecho

considerado oportuno autorizar la aplicación analógica lo ha hecho expresamente (46).

En mi opinión la analogía, sea favorable o no al reo, está prohibida porque no constituye una técnica interpretativa, sino que supone la creación de nuevo derecho por parte del Juez o Tribunal (47), por lo que vulnera el principio de legalidad. De hecho, hasta el momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido negando la posibilidad de utilizar la analogía en la aplicación de las normas penales, tanto adversas como favorables al reo, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley. «Con particular rigor se ha excluido la posibilidad de aplicación analógica de los *preceptos favorables*. Sin embargo, la prohibición de la analogía *in malam partem* no ha sido siempre cumplida con la misma escrupulosidad» (48).

3. LOS TIPOS CUALIFICADOS POR PERTENENCIA A O DIRECCIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN DEDICADA AL BLANQUEO DE BIENES DEL ARTÍCULO 302 CP

Como cabe observar, se imponen las penas privativas de libertad (49) del artículo anterior, según proceda, en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada al blanqueo, mientras que se aplica la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones, previéndose además

por parte del Juez o Tribunal sólo es legítima donde el titular del Poder Legislativo expresamente la permite.

(46) En este sentido conviene recordar que el art. 4.1 CP, que prohíbe la analogía, reproduce el inciso primero del art. 4 del Proyecto de Código Penal de 1980 y de la Propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, pero no ha recogido el inciso segundo de los mismos artículos, que aclaraban expresamente la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* al añadir que, «no obstante, podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo».

(47) En este sentido, *vid.* QUINTERO/MORALES en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 4ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 61-62. Respecto del blanqueo, *vid.* PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 627 ss.

(48) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 153.

(49) En mi opinión está claro que sólo se agrava la pena privativa de libertad, no la multa ni la inhabilitación especial. En este sentido *vid.* también ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 322; PALOMO DEL ARCO, A., *Receptación y figuras afines*, cit., p. 456.

la imposición obligatoria de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria y del comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, dejándose al arbitrio del Juez o Tribunal, por último, la aplicación de consecuencias accesorias contra la organización y la imposición de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

Este tipo cualificado tiene su origen en el apartado quinto del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (50).

La introducción de este precepto pretende ser un instrumento eficaz de lucha contra la delincuencia organizada para el blanqueo de bienes, pues no cabe duda de la importancia que en este sector de la criminalidad tienen las organizaciones, sean lícitas o ilícitas, siendo muy raro en la práctica que las conductas delictivas sean llevadas a cabo por una sola persona física (51).

En relación con el tipo cualificado de contenido similar previsto en los delitos de tráfico de drogas la doctrina ha señalado la dificultad de prueba que entraña no ya el hecho de la pertenencia del culpable a la organización, sino que además desempeña en su seno alguno de los cargos que se mencionan. Sin negar que efectivamente pueden darse problemas de prueba, es necesario poner de relieve que éstos serán de menor entidad que los planteados en el ámbito del narcotráfico, ya que para el blanqueo se utilizarán preferentemente sociedades mercantiles constituidas legalmente, debiendo constar en el Registro Mercantil, como mínimo, la identidad de los administradores. Ciertamente es saber quién es el empresario oculto que mueve los hilos a través de sus testaferros puede

(50) Que establece que «las Partes dispondrán lo necesario para que sus Tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como: a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte».

(51) Critica la técnica utilizada, no la punición agravada de la conducta, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 318-319.

ser bastante más complicado, pero en cualquier caso presentará menos dificultades que en el narcotráfico.

¿De qué tipo de organización se habla? Parece que ha de presentar un mínimo de permanencia en el tiempo y una estructura jerarquizada (52). La primera característica se deriva del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del tráfico de drogas, aquí no se alude a organizaciones o asociaciones incluso de carácter transitorio o que se dediquen al blanqueo aun de modo ocasional, como hace el artículo 369.1.1º CP en relación con el narcotráfico (53). La segunda característica es consecuencia de la diferente penalidad que se establece para los meros integrantes de la organización y para los jefes, administradores o encargados, que presupone una estructura jerárquica en la que unos sujetos mandan mientras los demás ejecutan sus órdenes.

La organización ha de estar «dedicada a los fines señalados» en el artículo 301 CP, lo que obliga a plantear si se incluyen o no en el ámbito de aplicación de esta agravación las asociaciones, sociedades, empresas u organizaciones dedicadas a otros fines ilícitos además del blanqueo. Piénsese en una organización que se ocupa de todo el ciclo del tráfico de drogas. A mi juicio esa finalidad no debe entenderse como la única a que puede estar dedicada la organización para aplicar el subtipo agravado, pues supondría una restricción injustificada de su ámbito de aplicación, debido a que raras veces se encuentran casos de dedicación exclusiva a una concreta actividad ilícita. Es suficiente que entre otros fines lícitos o ilícitos la organización se

(52) Cfr. por todos QUINTERO OLIVARES en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit. p. 934. Habla de permanencia y estructura organizada (no jerarquizada), entre otros, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., p. 24.

(53) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 406-407; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., pp. 24-25; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 272. En torno al concepto de organización en los delitos de tráfico de drogas, *vid.* ampliamente JOSHI JUBERT, U., *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal supremo*, ADPCP II, 1995, *pássim*.

(54) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 321; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Voz «Blanqueo de bienes», en D.-M. Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, cit., pp. 216-217; SUÁREZ GONZÁLEZ en Bajo Fernández, M. (dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 569; ZARAGOZA AGUADO, J., *Tratamiento penal*, cit., p. 82. En contra, *vid.* por todos GIL DE LA FUENTE, J., *La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales*, *La Ley Penal* núm. 20, año II, octubre 2005,

dedique a alguno de los citados (54), aunque sólo sea ocasionalmente.

Un problema distinto plantean las organizaciones dedicadas a fines lícitos en las que, de manera excepcional y aislada, alguno de sus miembros o directivos interviene en una conducta de blanqueo. Con un sector doctrinal soy partidaria de excluir este supuesto del ámbito de aplicación del subtipo cualificado (55), con base tanto en el tenor literal como en que no se justifica la aplicación de este subtipo cualificado (56), que incluye la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias contra la organización, cuando la estructura asociativa no está predispuesta a la comisión del delito de blanqueo.

La pertenencia del culpable a la organización debe ser acreditada en el proceso penal, no siendo suficiente comprobar que existe una organización que ha sido utilizada por un sujeto para realizar los actos de blanqueo (57).

Por jefe se entiende la persona que manda en la organización como cabeza principal (58). El concepto de administrador es propio del Derecho mercantil y allí debemos determinar su amplitud. Piénsese que por regla general las organizaciones adoptarán la forma de persona jurídica de tipo societario, tanto por la limitación de la responsabilidad como por la opacidad que suponen frente a las investigaciones que se realicen en torno a la identidad de los verdaderos

p. 36; JORDANA DE C. POZAS en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997, p. 3090. Considera que en este ámbito de naturaleza económica, «en el que existirán empresas dedicadas a fines lícitos que aprovechan su infraestructura para “blanquear” bienes... será más difícil -aunque tal vez no imposible- caracterizar como organizaciones dedicadas al “blanqueo” de bienes», FERRÉ OLIVÉ, J. C., «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», cit., p. 90.

(55) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 321; JORDANA DE POZAS en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código Penal*, cit., p. 3090; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 403.

(56) Ahora bien, el hecho de que las consecuencias accesorias sean de aplicación potestativa y no obligatoria para el Juez o Tribunal podría explicarse por el hecho de que es posible que la organización sólo se haya dedicado ocasionalmente al blanqueo, ya que si sólo se castigaran los casos en que la organización se hubiera constituido exclusivamente para este fin, o lo compartiera con otros fines lícitos, lo lógico sería que hubiera que imponer en todo caso alguna consecuencia accesoria.

(57) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 407; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, cit., p. 342; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 517.

(58) Ampliamente, vid. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 273 ss.

titulares. Así pues, administrador es el miembro del órgano de administración o la persona que ostenta las facultades de representación y gestión de la sociedad. «Encargado» es un término muy amplio, no técnico, bajo el cual deben comprenderse todas aquellas personas que, no siendo jefes ni administradores, asumen funciones directivas a cualquier nivel en la organización (59). Pensemos en el director general de la sociedad mercantil que se utiliza para blanquear, o en el gerente de un establecimiento mercantil empleado para el mismo fin.

Como apuntan Moreno Cánoves/Ruiz Marco (60), basándose en que se trata de elementos normativos en los que prepondera una valoración social, «el *nomen iuris* no agota, con toda evidencia, la tipología de sujetos incardinables...» por lo que «hay que incluir en el grupo conminado con la pena superior en grado a sujetos tales como el máximo responsable de la banda, sus “lugartenientes”, los “patriarcas de clanes”, “capos” y, en general, cualquier elemento de la organización con facultades para decidir en ella, en su comportamiento y en los miembros que la componen».

Es obligatorio para el Juez o Tribunal aplicar consecuencias accesorias contra la organización. Esta previsión es especialmente relevante en un delito como el que nos ocupa, en el que la actividad delictiva suele operar bajo cobertura legal.

Se trata de medidas que forman parte de las previstas genéricamente en el artículo 129 CP, precepto que, conviene recordar, sólo es aplicable «en los supuestos previstos» en el Código Penal, «y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales». El que estas medidas contra la organización tengan naturaleza de consecuencias accesorias supone, por una parte, negar la peligrosidad criminal de las organizaciones (en aplicación del principio «*societas delinquere non potes*», tradicional en el ordenamiento jurídico español) y, por otra, reconocer su peligrosidad instrumental, en el sentido de que pueden ser y son utilizadas como instrumento para la comisión de delitos.

(59) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 324.

(60) MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 403. Vid. también DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., p. 26.

Igualmente es potestativo para el órgano sentenciador aplicar la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, pena privativa de derechos introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Imperativa es, en cambio, la imposición del comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo.

4. LA AGRAVACIÓN POR LA ESPECIAL CONDICIÓN DEL AUTOR: EL ARTÍCULO 303 CP

Señala el artículo 303 CP que «si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma. A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes».

No son éstas las únicas inhabilitaciones que pueden afectar al condenado por delito de blanqueo. Tanto el artículo 2 del Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, sobre cooperativas de crédito, como el artículo 2.2 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre normas de creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, o el artículo 43 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre sociedades de garantía recíproca, entre otros, prevén una inhabilitación administrativa para ser miembro del consejo de administración aplicable a quien tenga antecedentes penales por delito de blanqueo. Por su parte, el artículo 20.a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prohíbe a los organismos públicos contratar con quienes hayan sido «condenados mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias,

revelación de secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado y a los consumidores» (61). La enumeración es suficientemente amplia, pues acoge todos los delitos patrimoniales y socioeconómicos, aunque redundante, ya que algunos específicamente mencionados, como el uso de información privilegiada y los delitos relativos al mercado y a los consumidores, ya podían comprenderse sin duda ninguna en el concepto de delitos contra el orden socioeconómico, como lo está el delito de blanqueo que nos ocupa.

En la enumeración de los sujetos a los que se aplica la agravación cabe denunciar una incongruencia que tiene su origen en la trayectoria histórico-legislativa del blanqueo de bienes, regulado hasta 1995 entre los delitos relativos al tráfico de drogas. No tiene otra explicación que el descuido del legislador el que pueda inhabilitarse a quien blanquea bienes (62) en el ejercicio de su profesión siendo facultativo,

(61) Prohibición que alcanza tanto a la persona física condenada como «a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo».

(62) Entiendo que la referencia del art. 303 CP a los «artículos anteriores» debe entenderse que se hace exclusivamente a los delitos de blanqueo. En este sentido, *vid.* la exposición de los argumentos favorables a tal interpretación en CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 398-399, que la asume.

(63) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 396, quien propone limitar el precepto «a todas aquellas personas que operan en el mercado, sean empresarios, inversores, consultores, intermediarios financieros, banqueros, bursátiles, etc. o a aquellas personas que ejercen una función pública (funcionarios, autoridades y sus agentes)»; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., p. 29; QUINTERO OLIVARES en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 937, quien propone, para no caer en el absurdo, apreciar la cualificación respecto de estos sujetos sólo cuando el blanqueo tenga por objeto bienes procedentes de delitos de tráfico de drogas; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 145.

(64) En efecto, como pone de relieve el fundamento jurídico duodécimo de la STS de 19 de diciembre de 2003 (Ar. 2004/2128), «no parece un elenco de profesiones que puedan estar ordinariamente dedicadas a cometer un delito de blanqueo de capitales, dentro del ejercicio de su profesión u oficio, como reclama expresamente el precepto analizado. Y, en segundo lugar... el principio de taxatividad que requiere la interpretación de la norma penal, proscribiendo toda interpretación extensiva *in malam parte* (sic), impide subsumir la profesión de abogado en tal enumeración». Esta sentencia confirma la imposibilidad de incluir a los abogados

trabajador social, docente o educador (63), y sin embargo no a quien lo hace en su condición de abogado, procurador o asesor fiscal (64). Se trata de una agravación que tiene su razón de ser en relación a los delitos relativos al tráfico de drogas, ya que estamos ante personas que, por su profesión o trabajo, son susceptibles de un mayor reproche (65).

En efecto, el artículo 372 CP contempla una agravación en este sentido dentro de los delitos contra la salud pública, si bien se diferencia del precepto que nos ocupa en que exige que la autoridad o agente actúen en el ejercicio de su cargo.

Ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina el que no se exija un efectivo abuso del cargo, profesión u oficio (66), bastando que la conducta se realice «en el ejercicio de su cargo». En mi opinión, más que incluir el abuso como elemento típico con el fin de restringir el desmesurado y absurdo ámbito de aplicación de esta agravación, es preferible hacer extensible lo previsto para la inhabilitación como pena accesoria a la inhabilitación cuando funciona como pena principal, puesto que cualquier otra interpretación daría lugar a consecuencias indeseables (67).

El artículo 56 CP, que regula la inhabilitación como pena accesoria, especifica que el empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho para cuyo ejercicio se inhabilita han de haber tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. Esta exigencia debe interpretarse como necesidad de

en el elenco que recoge el artículo objeto de comentario, anulando la SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2002, que sí los había incluido. El principio de legalidad impide esa inclusión.

(65) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 396; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia», cit., pp. 613-614; QUINTERO OLIVARES en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 1521 ss.

(66) Cfr., entre otros, CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 297-298; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 397, para la cual «ello garantizaría que los Tribunales no impongan esta pena indiscriminadamente a supuestos en los que no sea evidente la relación entre el blanqueo y el ejercicio de la actividad profesional»; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de recepción*, cit., p. 145, quien afirma que esta omisión «puede dar lugar a indeseables consecuencias jurídicas».

(67) Asumen esta propuesta DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de bienes*, cit., p. 30; VICENTE MARTÍNEZ, R. de, «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *AP* 1997, marginales 120-121.

que exista una vinculación entre la conducta realizada y la inhabilitación, «impidiéndose con ello tanto la aplicación arbitraria de la pena a supuestos en que el cargo no desempeña el rol requerido en el tipo, cuanto la privación efectiva de derechos poco familiares al cargo ejercido» (68).

La inhabilitación se convierte en absoluta cuando los hechos han sido realizados por la autoridad o los agentes de la misma. Aquí, curiosamente, ni siquiera se exige que la conducta se realice en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, aunque hay que entender que lo que hemos señalado para los otros sujetos rige también para la autoridad o sus agentes, pues si no se hace así no se entiende el fundamento de la agravación (69).

La delimitación con la noción de funcionario público debe ser realizada a la luz del artículo 24 CP (70), cuya interpretación presenta no pocas dudas.

La aplicación de esta agravación impide que se aprecie simultáneamente la circunstancia agravante genérica de «prevalerse del

(68) VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 1929-1931, en relación con el art. 372 CP.

(69) Así lo habían señalado en relación con la agravación similar que existe para los delitos de tráfico de drogas, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 75; L. F. REY HUIDOBRO, «Hechos realizados por facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, por autoridad o agente de la misma», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 433-434.

Sin embargo, entienden MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 407, que la aplicación de la agravación a las autoridades o agentes de la autoridad con independencia de si en el momento de cometer el delito estaban o no ejerciendo su función es «correcta a causa de la dificultad de deslindar cuándo dichos sujetos intervienen desnudos de *autoritas* y cuándo lo hacen revestidos de ella, además de por razones del especial deber de cumplimiento de la Ley inherente a, y a cargo de, quienes son revestidos de poder público».

(70) Art. 24 CP: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

carácter público que tenga el culpable» (núm. 7 del art. 22 CP), puesto que su fundamento es similar. La aplicación conjunta daría lugar a un prohibido «bis in idem».

5. LA TIPICIDAD DE LOS COMPORTAMIENTOS NEUTRALES, NORMALES O SOCIALMENTE ADECUADOS. ESPECIAL ALUSIÓN A LOS PROVEEDORES DE BIENES Y/O SERVICIOS: EL CASO DE LOS ABOGADOS Y ASESORES FISCALES

La amplitud de la descripción de las conductas típicas, especialmente la del núm. 1 del artículo 301 CP, permite plantearse la tipicidad de los comportamientos neutrales, normales o socialmente adecuados en relación con el delito de blanqueo de bienes. En la actualidad se debate intensamente el problema de los comportamientos neutrales, normales o socialmente adecuados en el marco de la teoría de la participación y del encubrimiento. Piénsese en los proveedores de bienes y servicios que los suministran al delincuente, por ej. en el abogado que le defiende judicialmente, en el asesor fiscal que le aconseja cómo invertir, en los empleados de banca que le atienden, en el notario que elabora las escrituras, etc.

Dadas las limitaciones de espacio no puedo abordar aquí la variedad de opiniones existente al respecto. Sirva como resumen

(71) Posición discrepante es la mantenida por ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», en AA.VV., *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 512-513, para quien no es posible excluir las acciones diarias de la punibilidad de la complicidad con carácter general, debiéndose distinguir entre las contribuciones realizadas con conocimiento seguro del plan delictivo del autor, es decir, con dolo directo, y aquellas en las que el sujeto cree probable la utilización de sus servicios con fines delictivos, concurriendo entonces dolo eventual. En el primer caso se puede calificar la conducta como complicidad en mayor medida que en el segundo, pues aunque se puede constituir una complicidad con dolo eventual ello es rechazable en virtud del principio de confianza.

(72) Cfr. JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, 24, 15 ss.; del mismo autor, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y «el principio de confianza»*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 216 ss.; Puppe en AA.VV., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 1995,

señalar que en el marco de la teoría de la participación mayoritariamente (71) se niega la tipicidad de las acciones normales, neutrales

vor § 13, Rn.155 ss. *vid.* una exposición crítica de esta tesis en BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, pp. 42-53; LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana». Contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»*, Comares, Granada, 2002, pp. 88 ss. En la doctrina alemana *vid.* por todos las críticas de NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW* 1995, pp. 535 ss.; OTTO, H., «Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung», *ZStW* 1994, p. 778; ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», cit., p. 514; WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, C. H. Beck, München, 1996, pp. 81 ss. sobre Jakobs, y pp. 95-96 respecto de la posición de Puppe.

En España sostiene esta posición en un sentido similar aunque no plenamente coincidente con el de Jakobs, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Límites a la participación criminal: ¿existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, pp. 59 ss.

(73) Cfr. SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986, pp. 50 ss., quien utiliza el sustantivo «Solidarisierung», que ha sido traducido en ocasiones como «solidaridad» (cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Límites a la participación criminal* cit., pp. 79-80, o RUEDA MARTÍN, M. A., «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Revista Penal*, núm. 9, enero 2002, p. 123) y otras como «solidarización» (cfr. CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 328, nota núm. 343), que será la que se emplee en el texto. *vid.* una exposición crítica de esta tesis en BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva*, cit., pp. 53-60. En la doctrina alemana *vid.* por todos las críticas de ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», cit., pp. 514-515; NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», cit., pp. 513 ss.; OTTO, H., «Beihilfe des Bankangestellten», cit., pp. 778-779; WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, cit., pp. 73 ss.

(74) Cfr. LENCKNER, T., «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», en STREE, W. u. A. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, C. H. Beck, München, 1978, p. 356.

(75) Cfr. FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg, 1988, pp. 284 ss.; MEYER ARNDT, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *Wistra* 1989, pp. 281 ss. *vid.* una exposición crítica de la tesis de estos autores en BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva*, cit., pp. 62-69; LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La complicidad delictiva*, cit., pp. 88 ss. En la doctrina alemana *vid.* por todos las críticas NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», cit., pp. 516 y 542, y WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, cit., pp. 75 ss.

En España acoge esta tesis, si bien con base en ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», cit., p. 513, quien también alude a la referencia de sentido, aunque de forma diferente a FRISCH, GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelincuencia: la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación*, Comares, Granada, 1998, pp. 428 ss.

o socialmente adecuadas con base en criterios como el de la prohibición de regreso (72), el de la solidaridad o solidarización con el injusto ajeno (73), inicialmente utilizado en el ámbito del encubrimiento (74), o el de la referencia delictiva de sentido (75).

A mi juicio ha de interpretarse el tipo de manera que no admita la subsunción de los negocios neutrales, normales o socialmente adecuados ya que, a pesar de las ventajas que aparentemente supone aislar económicamente al delincuente (76), pesan más las desventajas derivadas de una incriminación tan amplia (77).

Uno de los criterios que se han manejado para solucionar esta cuestión es considerar que los negocios diarios susceptibles de ser utilizados para el blanqueo de bienes se mueven dentro de lo socialmente adecuado (78), por lo que son atípicos.

(76) Resaltadas por la doctrina alemana. *vid.* por todos BOTTKE, W., «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2)», *Wistra* 1995, p. 122. Sobre la inclusión en el ámbito del blanqueo de los negocios dirigidos a satisfacer necesidades básicas y de los negocios de bagatela, *vid.* BARTON, S., «Soziale übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (parágrafo 261 StGB)», *StV* 1993, pp. 161-162; KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, Bank-Verlag, Wien, 1994, pp. 98-99; KÖRNER, H./DACH, E., *Geldwäsche: ein Leitfaden zum geltenden Recht*, C. H. Beck, München, 1994, p. 24.

(77) Apuntadas, entre otros, por BARTON, S., «Sozial übliche Geschäftstätigkeit», *cit.*, p. 163; BOTTKE, W., «Geldwäsche (Teil 2)», *cit.*, p. 122; LAMPE, E.-J., «Geldwäsche», *cit.*, p. 128, y que hace suyas BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados», *cit.*, pp. 290-291.

(78) *Vid.* entre otros PHILIPOWSKI, R., «Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften», en KOHLMANN, G. (Hrsg.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Schmidt, Köln, 1983, pp. 142 ss.

(79) Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en D.-M. Luzón Peña/S. Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 22-23. Más adelante puntualiza el autor que «el que concurra una causa de justificación no excluye que al mismo tiempo, dado el carácter totalmente normal o socialmente usual y admitido del hecho, pueda estimarse que está excluido también el tipo indiciario», lo que en el tema que nos ocupa «explicaría las vacilaciones de Welzel, introductor de la figura de la adecuación social, sobre su carácter de causa de atipicidad o de justificación» (p. 24). Del mismo autor, *Curso*, *cit.*, pp. 561-562. *vid.* también MIR PUIG, S., *Parte General*, *cit.*, p. 518, nm. 49, para quien «las actividades socialmente adecuadas *no realizan ningún tipo* por razón de su escasa gravedad. Ciertamente algunos de los comportamientos socialmente adecuados no lo son tanto por su escasa peligrosidad o dañosidad material, como por la valoración social del contexto en que se producen, pero ello basta para una concepción que entienda las acciones en su significado social» (cursivas en el original). *Vid.* sin embargo la crí-

La adecuación social puede operar como causa de exclusión del tipo indiciario cuando la conducta aparentemente subsumible en un tipo legal se considera socialmente correcta o adecuada, pues entonces realmente la perturbación del bien jurídico no es jurídico-penalmente relevante, por lo que no supone un indicio de antijuridicidad (79); o como causa de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal cuando el examen de las normas jurídicas lleva a la conclusión de que pese a la adecuación social la conducta no es considerada jurídicamente adecuada por alguna norma extrapenal, por lo que es mínimamente relevante desde un punto de vista jurídico, si bien ya no penalmente típica (80). También la tolerancia social de ciertas conductas en los casos concretos en que la acción podría encajar en un tipo legal pero se considera socialmente tolerable, aunque no correcta, constituye para Luzón una causa de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal (81).

tica de MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 255-256, quienes afirman que «no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad. Lo que la adecuación social puede ser es un criterio que permita, en algunos casos, una *interpretación restrictiva* de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Pero ésta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad. Por ello, debe rechazarse el criterio de la adecuación social como causa de exclusión del tipo aunque mantenga toda su vigencia como criterio de interpretación y crítica del Derecho penal vigente».

(80) Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit., p. 30; del mismo autor, *Curso*, cit., p. 567. En el marco más amplio del riesgo permitido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 137, hace también referencia a que existe un «límite máximo de riesgo permitido a efectos estrictamente penales (que delimitaría el riesgo penalmente atípico) y, por otra parte, otro límite máximo inferior a aquél, que poseería la función de poder deslindar, a su vez el riesgo totalmente lícito, del riesgo antijurídico no penal. En otras palabras, además de conductas peligrosas en el sector socioeconómico que sean lícitas con carácter general, podrán existir otras que, sin llegar a ser consideradas penalmente típicas, podrán ser merecedoras de sanciones civiles o administrativas».

(81) Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit., pp. 29-30; del mismo autor, *Curso*, cit., pp. 566-567.

(82) Cfr. entre otros BARTON, S., «Soziale übliche Geschäftstätigkeit», cit., p. 158; BERNSMANN, K., «Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche-Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund», *StV* 1/2000, p. 42; FLATTEN, T., *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1996, pp. 125-126; KNORZ, J., *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1996, p. 169; LÖWE-KRAHL, O., *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Boorberg, Stuttgart-München-Hannover, 1990, p. 26.

Ahora bien, se entiende mayoritariamente que este criterio resulta demasiado indeterminado en su aplicación al delito de blanqueo (82). Y es que esta figura delictiva puede cometerse perfectamente en el ejercicio de actividades inicialmente lícitas, piénsese en el abogado que actúa como mandatario en la constitución de una sociedad mercantil o que recibe el encargo de realizar una serie de adquisiciones para su cliente (83) por lo que se hace necesario buscar la respuesta a por qué se prohíben conductas aparentemente normales en otro lugar sistemático.

Otras propuestas doctrinales que optan por excluir el castigo de las actividades negociales cotidianas con base en el principio de insignificancia y en la ausencia de afectación al bien jurídico protegido cuando el objeto material no tiene una cuantía relevante, y con base en la escasa eficacia de la prohibición de la acción cuando el montante económico ya es importante, en este último caso siempre

(83) La disposición adicional 1ª de la Ley 19/2003, de 4 de julio, de transposición de la segunda Directiva sobre blanqueo de capitales, da nueva redacción al art. 2 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales, e incluye el deber de notarios, abogados y procuradores de denunciar cuando: «1º. participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (*trust*), sociedades o estructuras análogas; o 2º., actúen en nombre y por cuenta de clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria». Esta enumeración permite concretar el conjunto de actividades originariamente lícitas cuya ejecución, sin embargo, puede suponer intervención en un delito de blanqueo.

(84) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 247-250. *vid.* en un sentido similar SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Algunas cuestiones relativas a la regulación penal del blanqueo de capitales», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen II*, Institut de Criminologia, Valencia, 1997, pp. 779-781.

(85) Para garantizar la seguridad jurídica se ha dicho que en tal caso convendría introducir un límite cuantitativo por debajo del cual la conducta sería atípica. Así BARTON, S., «Soziale übliche Geschäftstätigkeit», cit., p. 162; KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., pp. 98-99, donde se expone la situación en Austria, donde el abogado defensor es considerado un blanqueador si recibe unos honorarios superiores a determinada cantidad y además obra con conocimiento (*dolo directo*). Sin embargo, en relación con el establecimiento de límites cuantitativos señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 142, que «dicha técnica comporta una decisión político-criminal discutible, que, por ello mismo, puede ser censurada; y, de hecho, ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina especializada, la cual ha subrayado que se trata de una técnica de tipificación antigua, abandonada en las

que el legislador no haya prohibido expresamente el establecimiento de relaciones mercantiles, incluso cotidianas, a determinados sujetos que por su posición en el mercado deben colaborar en la persecución del blanqueo (84), aunque pueden resultar útiles en supuestos extremos, en general también me parecen rechazables por su indeterminación (85).

En mi opinión, en el ámbito del concreto delito que nos ocupa (por tanto, sin ánimo de extrapolar esta solución a otras figuras delictivas o a la teoría de la participación) hay que determinar en primer lugar si estamos, en efecto, ante una conducta neutral en el aspecto objetivo. En numerosos casos ya es posible excluir la tipicidad de la conducta al no concurrir el tipo objetivo.

Así, no se puede entender con carácter general que la actividad profesional del abogado o del procurador esté dirigida a «ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos», no sólo porque parece razonable entender que los actos dirigidos a la finalidad de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias legales de sus actos han de recaer sobre los bienes de origen delictivo (86), sino también porque «eludir» debe entenderse en este contexto como evitar algo por medios antijurídicos, so pena de ampliar el ámbito de lo injusto más allá de todo límite razonable (87). Una interpretación que entendiera que la actividad profesional del abogado defensor o del procurador consiste en asesorar a su cliente en el ámbito procesal o extraprocesal colisionaría «frontalmente con derechos fundamentales del delincuente, v. gr., el de defensa del ar-

descripciones típicas de otros Ordenamientos», y ello sin entrar en el problema de la naturaleza jurídica. También señala que «resulta muy difícil determinar a partir de qué cuantía debe una conducta considerarse escasamente significativa» RAGUÉS I VALLÈS, R., «Lavado de activos y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado», en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 625.

(86) Cfr. BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», *ADPCP*, tomo L, 1997, p. 286; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 445-446.

(87) Cfr. MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 390, que indican la necesidad de una interpretación restrictiva y «peyorativa» de este verbo, entendiéndolo como «evitar algo con astucia o maña».

(88) MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 390.

(89) Vid. por todos CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 271-272.

título 24 de la CE, y con deberes que el propio ordenamiento impone para determinadas personas, cual ocurre con los Abogados (*vid.*, por ejemplo, art. 467.2 CP y arts. 262, 263, 416.2 LECrim)» (88), por no citar el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el que se reconoce a todo acusado la facultad de «ser asistido por un defensor de su elección» (89). Téngase en cuenta, además, que en la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, transpuesta al Derecho español por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales («BOE» de 5 de julio), se señala que quedan dispensados de la obligación de notificar la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente, los miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico, como los abogados y notarios, así como los auditores, contables externos y asesores fiscales, entre otros (90).

Una vez que se parte de esa neutralidad respecto del tipo objetivo la solución se encuentra en el tipo subjetivo (91), en particular en el momento de determinar si concurren o no los elementos subjetivos del injusto. El delito de blanqueo exige, como todas las demás modalidades delictivas contenidas en el Capítulo XIV del Título XIII, que el sujeto activo realice la conducta típica sobre los bienes «sabiendo que éstos tienen su origen en un delito» (art.

(90) Sobre los problemas que plantea el secreto profesional en relación con el delito de blanqueo de bienes y con la obligación de comunicar las sospechas, *vid.* ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Ensayos de actualidad de Escritura Pública, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, pp. 20 ss.

(91) Acuden también al tipo subjetivo FORTHAUSER, R., *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, VVF, München, 1992, pp. 78 ss., en la doctrina alemana; KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., p. 96, en la doctrina austríaca; o PILZ, K., *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Peter Lang, Frankfurt, 2001, p. 188.

Utiliza para la valoración del comportamiento en el ámbito de la participación el dato subjetivo relativo al conocimiento de una serie de circunstancias, entre otros, RUEDA MARTÍN, M. A., «Consideraciones», cit., p. 127.

(92) Adopto el concepto de elemento subjetivo del injusto que han elaborado COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Parte General*, cit., pp. 367 ss. Con ello tomo posición en la polémica desatada en torno a la naturaleza jurídica del cono-

301.1 CP), o «a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos» (art. 301.2 CP).

Este elemento subjetivo (92) introduce así un requisito que se suma a la necesidad de comprobar la presencia del elemento intelectual del dolo, siendo suficiente con un conocimiento no pormenorizado del ilícito penal del que proceden los bienes que se blanquean, que se corresponde con la «valoración paralela en la esfera del profano» (93).

El momento en que se debe dar este conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes es el del inicio o el del transcurso de

cimiento de la comisión del delito previo como integrante del dolo o como elemento subjetivo del injusto, prescindiendo de ulteriores explicaciones. Sobre esta polémica, ampliamente, PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en A. Martínez Arrieta (dir.), *El encubrimiento*, cit., pp. 223 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 115 ss. A favor de su consideración como elemento integrante del dolo se decanta la doctrina mayoritaria. *vid.* por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., pp. 689-691; BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 340 ss. y 369 ss.; CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 259-262; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit. pp. 298 ss.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 325 ss. y 392 ss.; GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 54-57; PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 551 ss. A favor de su consideración como elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, *vid.* MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., pp. 391-392.

(93) En este sentido, por todos, CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 322; HUERTA TOCILDO, S., «Aproximación crítica», cit., pp. 388-389; PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo», cit., p. 231. También resulta interesante el fundamento jurídico vigesimocuarto de la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2004/1843), que describe cómo se considera probado el conocimiento ilícito de la procedencia del dinero por parte del abogado que crea un entramado societario para ocultar su origen; o el fundamento jurídico tercero de la STS de 19 de diciembre de 2003 (Ar. 2004/2128), que analiza los indicios probatorios que se valoran para enervar la presunción de inocencia del abogado que interviene en una serie de operaciones y transferencias de dinero aparentemente dirigidas al pago en metálico de mercancías respecto de las cuales no existe encargo, albarán, hoja de pedido, etc.

(94) Como señalan, entre otros, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 392; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 307; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 392; o PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo», cit., pp. 231-232, con abundante bibliografía alemana.

la ejecución de la conducta típica del delito de blanqueo, de manera que un dolo *subsequens*, posterior a la consumación del blanqueo, no convierte la conducta en delictiva (94). No deja de resultar curioso que en tal supuesto no se establezca un deber de denunciar el delito del que se ha tenido noticia después de realizar las conductas típicas del blanqueo, permitiendo así que el criminal pueda seguir disfrutando de un patrimonio proveniente de la comisión de un delito (95).

Este elemento subjetivo permite en general excluir la tipicidad de las conductas de los proveedores de bienes y servicios, normalmente desconocedores del origen delictivo de los bienes que constituyen su contraprestación.

Pero es que además del conocimiento de que los bienes proceden de la comisión de un delito existen otros dos elementos subjetivos del injusto en el tipo que se contiene en el artículo 301.1 CP (96). La conducta ha de ser realizada «para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos», de forma que es precisamente la presencia de estos elementos lo que permite delimitar las conductas penalmente relevantes de aquellas que no lo son (97).

La redacción del artículo 301.1 CP admite dos interpretaciones diversas (98):

(95) En este sentido, cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C., «La última reforma del Código Penal en materia de drogas», *RGD*, núm. 583, abril 1993, p. 2734. Téngase en cuenta, no obstante, que el artículo 3 de la Ley 19/1993 exige al administrador del Banco comunicar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias esta situación, y le ordena abstenerse de realizar la operación para la que fue depositado el dinero.

(96) En este sentido, cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 286 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 119. Sin embargo, para BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 384-385, estamos ante elementos subjetivos que suponen una referencia específica al elemento volitivo del dolo del delito de blanqueo de capitales. Igualmente, cfr. PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo», cit., pp. 239-240. Por su parte, en opinión de GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de dinero*, cit., pp. 51-52, la preposición «para» introduce un elemento objetivo que «describe la índole de la acción, esto es, que debe ser objetivamente adecuada para ocultar o encubrir».

(97) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 294-295.

(98) Sigo la exposición de VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., pp. 95 ss.

(99) En este sentido, por todos, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 172 ss. y 305 ss.; del mismo autor, «Negocios socialmente adecua-

– De acuerdo con la primera, sólo es delito la adquisición, conversión o transmisión de bienes ilícitamente obtenidos cuando por medio de tales operaciones se pretende conseguir la ocultación o encubrimiento de su origen ilícito, o bien se trata de que quien ha participado en la comisión del delito del que provienen los bienes eluda las consecuencias de sus actos (99). Si se adopta esta postura estamos ante un delito de resultado cortado en el que el autor pretende conseguir un resultado cuya efectiva producción sólo afecta al agotamiento que no a la consumación del delito, consumación que se produce ya en el momento en que se lleva a cabo la conducta típica con dicha finalidad, sin que sea preciso que en verdad se logre la ocultación o encubrimiento del origen ilícito del bien o que se ayude efectivamente a la persona a eludir las consecuencias legales de sus actos.

A favor de esta alternativa puede alegarse que la realización de «cualquier otro acto» ha de tener como objetivo los fines mencionados, es decir, la ocultación o encubrimiento del origen ilícito de los bienes o la ayuda a quien ha participado en la comisión del delito del que provienen los bienes para que eluda las consecuencias de sus actos. Esta remisión a cualquier otro comportamiento parece indicar que también la adquisición, conversión o transmi-

dos», cit., p. 283; CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., pp. 167 y 286 ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales*, cit., pp. 16-17; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 402-404; PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», cit., pp. 449 ss.

(100) Así, ampliamente, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 174-175.

(101) Cuyo artículo 1.1 señala que «a los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de un acto de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro estado». En este sentido, *vid.* BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 174.

(102) *Vid.* los artículos 3.1.b) de la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 6.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990, y 1 de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, del Consejo, sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

sión de bienes han de ir dirigidas a la consecución de estos propósitos (100). A este argumento basado en el tenor literal del precepto puede añadirse que esta interpretación se adecua mejor a lo dispuesto en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (101), y en los textos internacionales (102).

– De acuerdo con la segunda interpretación posible, la adquisición, conversión o transmisión de bienes procedentes de la comisión de un delito se castiga en todo caso, es decir, con independencia de cuál sea el fin que persiga el autor siempre que conozca la procedencia ilícita de los bienes, mientras que la realización de cualquier otro acto es punible únicamente si está destinado a ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes, o pretende ayudar a la persona que ha participado en la comisión del delito del que proceden los bienes a eludir las consecuencias legales de sus actos (103).

Esta interpretación se fundamenta en el bien jurídico protegido, puesto que se entiende que al tratarse de un delito pluriofensivo en el que, además de protegerse la Administración de Justicia, se tutela el orden económico, «la intervención del Derecho penal también se justificaría atendiendo al resultado lesivo que a dicho orden pudiera producirse, como consecuencia de la circulación sin control de ingentes cantidades de capital, producto de actividades delictivas» (104), de forma que la relevancia penal de la conducta no se hace depender únicamente del hecho de que por medio de la adquisición, conversión o transmisión de los bienes se entorpezca la averiguación del delito previamente cometido, como sucede en la primera interpretación.

Hasta el momento, la doctrina mayoritaria se ha decantado a favor de la primera interpretación que hemos visto, que supone una restricción de las posibilidades de aplicación del precepto pero resulta más coherente con su origen y con la normativa internacional y española sobre blanqueo de bienes.

Estos elementos subjetivos del injusto permiten excluir la tipicidad de la conducta de quienes realizan objetivamente actos de adqui-

(103) En este sentido, implícitamente, *vid.* QUINTERO OLIVARES en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, cit., p. 1518; con mayor rotundidad, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, II, cit., pp. 1464-1465.

(104) VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación*, cit., p. 97. En igual sentido, *vid.* VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, II, cit., p. 1464.

sición, conversión o transmisión de bienes procedentes de la comisión de delitos sin intención alguna de ocultarlos ni de encubrir su origen ilícito.

En conclusión, la conducta del asesor fiscal, del abogado o del procurador que admiten dinero de un cliente a sabiendas de que procede de la comisión de un delito como pago de los honorarios profesionales no es típica al no cumplirse los requisitos objetivos ni subjetivos del tipo (105). El desplazamiento patrimonial que supone el pago de unos servicios prestados lícitamente constituye una transacción económica que normalmente no encaja en las conductas que se penalizan como blanqueo (106), al no pretender ni conseguir dificultar el descubrimiento del delito previo.

También el Consejo de Europa rechaza la inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio de Estrasburgo del abogado defensor que se limita a cobrar sus honorarios (107).

La colaboración del abogado o del asesor fiscal en la creación de entramados societarios o en la realización de operaciones que persiguen cubrir el origen ilícito de los bienes procedentes de la comisión de delitos, o ayudar a los intervinientes en ellos a evitar las responsabilidades civiles y pecuniarias que les puedan ser impuestas a consecuencia de ellos, es, por el contrario, una conducta incardinable en el delito de blanqueo de bienes. En efecto, en el caso de que el abogado o el asesor fiscal realicen actuaciones no precisamente neutrales, por ejemplo actuando como testaferros en la creación de sociedades instrumentales en paraísos fiscales, su conducta encaja perfectamente en el delito de blanqueo y debe sancionarse. Y al respecto téngase pre-

(105) En contra, *vid.* GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 45; PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y conductas afines», cit., p. 463.

En Alemania el tema ha sido tratado con notable extensión. *vid.* entre otros BUSSENIUS, A., *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar*, Nomos, Baden-Baden, 2004; HOMBRECHER, L., *Geldwäsche (parágrafo 261 StGB) durch Strafverteidiger? - Eine Untersuchung zur Anwendung des parágrafo 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers-*, Shaker, Aachen, 2001.

(106) Cfr. CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes*, cit., p. 271; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 309-310.

(107) Cfr. CONSEJO DE EUROPA, *Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1991, p. 22.

(108) Como bien apuntan ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo*, cit., p. 258, o PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 531-532. Ya el artículo 7.2 CC establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo o anti-social del derecho.

sente que las funciones de asesoramiento delictivo no quedan amparadas en el legítimo ejercicio del oficio de abogado (108).

La STS de 19 de diciembre 2003 (RJ 2004\2128) confirma la condena por blanqueo impuesta por la SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2001 (ARP 2002, 287) al abogado que, siguiendo instrucciones directas de su cliente, pretende cobrar importantes cantidades en metálico depositadas en entidades bancarias. La SAN de 21 de octubre de 2002 (JUR 2004\216096) condena por blanqueo a un asesor jurídico-fiscal que crea un entramado societario para introducir el dinero y los bienes de origen delictivo en los circuitos ilícitos falseando su procedencia. Asimismo sanciona por blanqueo al abogado que colabora en la realización de «una sucesión de actos jurídicos y disposiciones patrimoniales, a fin de ocultar no sólo el origen sino la verdadera titularidad de los beneficios ilícitamente obtenidos a consecuencia de la venta de divisas provenientes del tráfico de estupefacientes» la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2004\1843). También castiga al abogado que realiza gestiones tendentes a la recuperación e ingreso en el mercado regular de capitales procedentes del narcotráfico la STS de 4 de enero de 2001 (RJ 2002\1183). En el aspecto objetivo es evidente que la conducta desplegada por el abogado o el asesor fiscal en estos casos no puede considerarse «normal», puesto que interviene en la constitución de numerosas sociedades que no desarrollaban en la práctica actividad comercial relevante durante el tiempo de su existencia, salvo la adquisición y transmisión de fincas; adquiere participaciones en sociedades carentes de capital y de objeto social, cuya propiedad transmite a otros coimputados; vende sociedades por un valor escriturado muchas veces inferior al precio que en verdad se pagó; dispone de cuentas innominadas e internas cuya existencia, saldo y titularidad sólo eran conocidos por la entidad bancaria y él mismo, para asegurar la confidencialidad y el anonimato de estas transacciones, etc. Sin embargo, en la misma sentencia se considera no probado que otro letrado, asesor legal de las sociedades pertenecientes a esta red dedicada al blanqueo, contribuyera como testaferro en la organización dedicada a dar apariencia de licitud a los fondos procedentes del tráfico de drogas.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Delitos contra la Administración de Justicia*, Comares, Granada, 1995.

- AA.VV., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
- ABEL SOUTO, M., «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003», *La Ley Penal* núm. 20, octubre 2005, p. 5.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Escritura Pública. Ensayos de actualidad. Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho Penal», *Anuario de Derechos Humanos* núm. 2, 1982, p. 11.
- «La “rigurosa aplicación de la ley”», *ADPCP* 1995, p. 849.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1973.
- «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 135.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen II*, Ceura, Madrid, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid, 2001.
- BARTON, S., «Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (parágrafo 261 StGB)», *StV* 1993, p. 156.
- BERNSMANN, K., «Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche - Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund», *StV* 1/2000, p. 40.
- BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», *ADPCP*, tomo L, 1997, p. 263.
- *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales (Estudio particular de la omisión de comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*, Comares, Granada, 1999.
- «Delito de defraudación tributaria y responsabilidad penal en el ámbito bancario», en Quintero Olivares, G./Morales Prats, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 971.
- *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001.
- BOTTKE, W., «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2)», *Wistra* 1995, p. 121.

- BURR, C., *Geldwäsche - Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Diss. Siegburg, 1995.
- BUSSENIUS, A., *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar*, Nomos, Baden-Baden, 2004.
- CALLEGARI, A. L., *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CARMONA SALGADO, C., «La receptación», en Martín Pallín, J. A. (dir.), *Delitos contra la propiedad*, CGPJ, Madrid, CDJ XV 1996, p. 239.
- CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 5ª ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J., «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, p. 191.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial. I*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M., «La recepción de las normas de la Comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales», *CPC* núm. 85, 2005.
- COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, CESEJ-Ediciones, Madrid, 2005.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Encubrimiento y receptación*, Bosch, Barcelona, 1955.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997.
- CONSEJO DE EUROPA, *Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Proyecto de Código Penal de 1992», *Cuadernos del CGPJ*, núm.11, 1992.
- CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal. I*, Ariel, Barcelona, 1976.
- CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen segundo*, Bosch, Barcelona, 1975.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Voz “Blanqueo de bienes”», en Luzón Peña, D.-M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, p. 193.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989.
- «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en Martínez Arrieta, A. (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJ I, 1994, p. 143, y en AP 1994, marg. 583.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», ADPCP 1993 II, p. 585.
- *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998.
- FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», EPC XXI, 1998, p. 117.
- *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Límites a la participación criminal: ¿existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», en J. C. Ferré Olivé/E. Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 85.
- FLATTEN, T., *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1996.
- FORTHAUSER, R., *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, VVF, München, 1992.
- FRISCH, W., *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- *Typo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.
- GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GIL DE LA FUENTE, J., «La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales», *La Ley Penal* núm. 20, año II, octubre 2005, p. 27.
- GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996.

- GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia: la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación*, Comares, Granada, 1998.
- GRACIA MARTÍN, L., «El *iter criminis* en el Código Penal español de 1995», en AA.VV., *El nuevo sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, CDJ XXVII, 1997, p. 257.
- GRÜNER, G./WASSERBURG, K., «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?», *GA* 2000, p. 430.
- HOMBRECHER, L., *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger?*
— *Eine Untersuchung zur Anwendung des parágrafo 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers*-, Shaker, Aachen, 2001.
- HUERTA TOCILDO, S., «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines», en Soriano Soriano, J. R. (dir.), *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, CDJ XX, 1996, p. 365.
- JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993
— *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y «el principio de confianza»*, Civitas, Madrid, 1997.
- JOSHI JUBERT, U., «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP* 1995 II, p. 657.
- KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, Bank-verlag, Wien, 1994.
- KNORZ, J., *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1996.
- KÖNER, H. H., *Kommentar zum BtMG*, 4. Aufl. München, 1994.
- KÖNER, H./DACH, E., *Geldwäsche: ein Leitfadens zum geltenden Recht*, C. H. Beck, München, 1994.
- KÜPPER, G., «Strafvereitelung und «sozialadäquate» Handlungen», *GA* 1987, p. 385.
- LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana». Contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»*, Comares, Granada, 2002.
— «La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico», en Echano Basaldúa, J. I. (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 263.
- LENCKNER, T., «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», en STREE, W. u. A. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, C. H. Beck, München, 1978, p.
- LÓWE-KRAHL, O., *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Boorberg, Stuttgart-München-Hannover, 1990.
— «Die Strafbarkeit von Bankangestellten wegen Geldwäsche nach § 261 StGB. Eine kritische Analyse des neuen Straftatbestandes», *Wistra* 1993, p. 123.

- LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón Peña, D.-M./Mir Puig, S. (coords.), *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 21.
- *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996.
- MALLISON, J., *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1979.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «El encubrimiento», en A. Martínez Arrieta (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJ I, 1994, p. 9.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Derecho penal económico. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A., *El delito de receptación*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- MEYER-ARNDT, L., «Beihilfe durch neutrale Handlungen», *Wistra* 1989, p. 281.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed. Reppertor, Barcelona, 2004.
- MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comen-tarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal (concordados y con jurisprudencia)*, Edijus, Zaragoza, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW* 1995, p. 507.
- OSWALD, K., *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Iuscrim, Freiburg i. Br., 1997.
- OTTO, H., «Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung», *ZStW* 1994, p. 775.
- «“Vorgeleistete Strafvereitelung” durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», en Eser, A. u. A. (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1998, p. 193.
- «Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigem Verhaltens», *JZ* 2001, p. 436.
- PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000.

- PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», en T. S. Vives Antón/J. L. Manzanares Samaniego (dirs.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, p. 418.
- PÉREZ MANZANO, M., «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en Martínez Arrieta, A. (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, CGPJ, Madrid, CDJI, 1994, p. 219.
- PHILIPOWSKI, R., «Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften», en Kohlmann, G. (Hrsg.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Schmidt, Köln, 1983, p. 131.
- PILZ, K., *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Peter Lang, Frankfurt, 2001.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal. Tomo III. Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1978.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., «Lavado de activos y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado», en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 621.
- REY HUIDOBRO, L. F., «Hechos realizados por facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, por autoridad o agente de la misma», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Edersa, Madrid, 1990, p. 433.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- ROMERAL MORALEDA, A./GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993.
- ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», en AA.VV., *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p.
- RUEDA MARTÍN, M. A., «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Revista Penal*, núm. 9, enero 2002, p. 122.
- RUIZ VADILLO, E., «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992, p. 4277.
- SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Algunas cuestiones relativas a la regulación penal del blanqueo de capitales», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Institut de Criminologia, Valencia, 1997, p. 771.

- «Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo», *La Ley*, núm. 4647, 1998, p. 1.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La receptación específica», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Edersa, Madrid, 1990, p. 479.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», *CPC* núm. 58, 1996, p. 125.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. de, «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *AP* 1997-1, marg. 105.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, 2 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VOGEL, J., «Geldwäsche ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», *ZStW* 1997, p. 335.
- WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, C. H. Beck, München, 1996.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Receptación y blanqueo de capitales», en AA. VV., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. III*, Madrid, 1996, p. 449.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 9.3

Retroactividad de la Ley penal más favorable

«La jurisprudencia de este Tribunal viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el artículo 25.1 CE y, de esta forma, su eventual defensa en esta vía constitucional (SSTC 14/1981, de 29 de abril, FJ 7; 68/1982, de 13 de mayo, FJ 3; 122/1983, de 26 de octubre, FJ 2; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7; 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2; 196/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 38/1994, de 17 de enero; y 177/1994, de 10 de junio, FJ 1; y ATC 226/1990, de 4 de junio, FJ 2). En efecto, como señalábamos en la STC 99/2000, de 10 de abril, si en el ámbito del Derecho penal *stricto sensu*, en el que en la mayor parte de las ocasiones está en juego el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), nuestra doctrina hasta el momento ha venido negando el encuadramiento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el artículo 25.1 CE, esto es, que dicho principio se integre en el contenido del derecho fundamental que en tal precepto se consagra, es claro que el apartamiento de esa doctrina resulta menos justificado “cuando, como aquí ocurre, de lo que se trata es de una sanción administrativa” (FJ 5; en el mismo sentido, ATC 241/2003, de 14 de julio, FJ 3).

Ciertamente, este Tribunal ha señalado en varias ocasiones que el artículo 9.3 CE, además de establecer la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, garantiza también, interpretado *a contrario sensu*, la retroactividad de la Ley penal o sancionadora más favorable (en este sentido, SSTC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3; 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7; 177/1994, de 10 de junio, FJ 1; 129/1996, de 9 de julio, FJ 3; y 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 2; AATC 876/1986, de 29 de octubre, FJ 2; 303/1989, de 5 de junio, FJ 2; 226/1990, de 4 de junio, FJ 2; 30/1998, de 28 de enero, FJ 7; y 146/1998, de 25 de junio, FJ 3). Sin embargo, también viene declarando reiteradamente que el artículo 9.3 CE, por imperativo de los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC, queda extramuros del amparo (entre muchas otras, SSTC 159/1997,

de 2 de octubre, FJ 2; 183/1997, de 28 de octubre, FJ 3; 71/1998, de 30 de marzo, FJ 4; 36/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 84/1994, de 10 de mayo, FJ 4; y 111/2001, de 7 de mayo, FJ 7), razón por la cual no cabe acudir a esta vía para denunciar, como aquí se hace, la inaplicación retroactiva de una norma sancionadora más favorable».

(STC 85/2006, de 27 de marzo. Recurso de amparo 2938/2001. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 4 de mayo de 2006).

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

«De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, SSTC 117/2004, de 12 de julio, FFJJ 2 y 3; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3) para que pueda apreciarse la vulneración del principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho es necesario: *a)* La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial en que casos sustancialmente iguales hayan sido resueltos de forma contradictoria. *b)* La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley. *c)* La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo. *d)* El tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (entre otras muchas, SSTC 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3), respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia. Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones (por todas, la ya citada 117/2004, de 12 de julio), “lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (STC 201/1001, de 28 de octubre, FJ 2 y Sentencias en ella citadas)”. Por esta razón no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando puede constatarse que el cambio de criterio se efectúa con vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que llevan a apartarse de sus decisiones precedentes o porque se deduzca de otros elementos de juicio externos, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (SSTC 117/2004, de 12 de julio, FJ 3, y 76/2005, de 4 de abril, FJ 2, entre otras muchas). A este respecto es de indicar que, de acuerdo con nuestra doctrina, a efectos de realizar el juicio de igualdad, únicamente pueden tomarse en consideración las resoluciones ante-

riores a la impugnada (SSTC 100/1988, de 7 de junio, FJ 4; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 3 195/2000, de 24 de julio, FJ 5; ATC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5), ya que, como es obvio, sólo respecto de aquéllas pudo ésta apartarse del criterio seguido en otros casos, y es que, como declara la STC 100/1998, de 7 de junio, FJ 4, la doctrina de este Tribunal sobre el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales está referida “siempre a los criterios sustentados por éstos en sus resoluciones anteriores, por ser los que, conocidos por los justiciables, les sirven de garantía en razón de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) para esperar razonablemente las mismas soluciones para casos sustancialmente iguales”.»

(STC 339/2006, de 11 de diciembre. Recurso de amparo 7171/2003. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 16 de enero de 2007. En el mismo sentido, STC 54/2006, de 27 de febrero –«BOE» de 31 de marzo de 2006–; STC 58/2006, de 27 de febrero –«BOE» de 31 de marzo de 2006–; STC 115/2006, de 24 de abril –«BOE» de 26 de mayo de 2006–; STC 190/2008, de 19 de junio –«BOE» de 20 de julio de 2006–; STC 318/2006, de 15 de noviembre –«BOE» de 14 de diciembre de 2006–).

Derecho a la igualdad ante la ley. Baremos de accidentes de circulación

«a) La igualdad constitucionalizada en el artículo 14 CE es “la que impone que ante situaciones no disímiles la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades”, por lo que, realmente, “lo que este precepto constitucional impide es la distinción infundada o la discriminación” (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2; y 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; por todas).

b) El sistema de baremo introducido por la Ley 30/1995, con el objeto de resarcir los daños originados como consecuencia de la circulación de vehículos a motor, es acorde con el principio de igualdad, puesto que el mismo, según hemos resuelto en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11, “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 esa pluralidad de regímenes jurídicos especiales [además del que ahora nos ocupa, otros que la propia Sentencia cita, como el de la seguridad aérea, la nuclear, la protección de los consumidores y usuarios, etc.] 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”. Precisa esta misma STC 181/2000, a continuación, “que, con independencia del grado de acierto de esa decisión del legislador, la regulación legal se aplica por igual a todas las personas y en todas las circunstancias, sin que se constate la presencia de factores injustificados de diferenciación entre colectivos diversos” (FJ 11).

c) Resulta ajena, sin embargo, y tal y como ya se ha avanzado, al núcleo de protección del artículo 14 CE la denominada “discriminación por indiferenciación”. Hemos señalado, en efecto, que el principio de igualdad “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)” (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11; 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4; por todas)».

(STC 117/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 87/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 26 de mayo de 2006).

ARTÍCULO 15

Tratos inhumanos o degradantes

«Hemos calificado de tratos inhumanos o degradantes a aquellos que denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 7). Y con este sentido aparecen reflejados, para el concreto ámbito penitenciario, en el artículo 31 de las reglas mínimas de tratamiento de los reclusos adoptadas en 1955 por las Naciones Unidas, el artículo 37 de las Reglas penitenciarias europeas adoptadas por la Recomendación (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y, en nuestro ordenamiento, bajo la más genérica prohibición de “malos tratos” a los internos, que se contiene en el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria. Igualmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída a propósito del artículo 3 del Convenio (SSTEDH de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda c. Reino Unido*; 25 de abril de 1978, caso *Tyrer c. Reino Unido*; 25 de febrero de 1982, caso *Campbell y Cosans c. Reino Unido*; 7 de julio de 1989, caso *Soering c. Reino Unido*; 16 de diciembre de 1999, caso *V. c. Reino Unido*; 26 de octubre de 2000, caso *Kud_a c. Polonia*; 19 de abril de 2001, caso *Peers c. Grecia*; 15 de julio de 2002, caso *Kalachnikov c. Rusia*; y 4 de mayo de 2003, caso *Van der Ven c. Holanda*).

En relación con el concreto ámbito penitenciario hemos dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que “estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena” (SSTC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4; 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; 137/1990, de 19 de julio, FJ 7; y 150/1991, de 4 de julio, FJ 7). De otra parte, aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante “en razón del objetivo que persigue”, ello no impide que se le pueda considerar como tal “en razón de los medios utilizados” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4)».

(STC 196/2006, de 3 de julio. Recurso de amparo 943/2001. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 4 de agosto de 2006).

ARTÍCULO 17.1

Prisión provisional. Motivación y requisitos

«Desde la perspectiva del derecho a la libertad (art. 17 CE), y en relación con la incidencia de la prisión provisional en dicho derecho fundamental, hemos declarado que aquella se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, y que la prisión provisional es una medida cautelar justificada, entre otras, por la necesidad de asegurar la presencia del inculcado en el juicio oral, y ese fundamento justificativo que traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad condicional, a su vez, su régimen jurídico. Por ello, la legitimidad constitucional de la prisión provisional

exige que su aplicación tenga como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y como fundamento, la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de la medida (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 44/1997, de 10 de abril, FJ 5; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3, y 14/2000, de 17 de enero, FJ 4). Ya se concretaba, en el fundamento jurídico 2 de la STC 128/1995, de 26 de julio, como constitutiva de estos fines, la conjura de ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso o para la ejecución del fallo que parten del imputado: su sustracción de la acción de la Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva, pero lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados, etc. Todos estos criterios ilustrarían, en fin, la excepcionalidad de la prisión provisional que tantas veces ha subrayado este Tribunal (STC 128/1995, FJ 2, por todas). En consonancia con lo anterior, es doctrina constitucional reiterada que para que la motivación de la resolución judicial que acuerde tal medida se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la Justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro), que constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo; 14/2000, de 17 de enero; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 164/2000, de 12 de junio; 165/2000, de 12 de junio, y 29/2001, de 29 de enero, FJ 3, entre las más recientes). Concretando dichas directrices, este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el Instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga (por todas, STC 8/2002, de 14 de enero, FJ 4), también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores [entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4.b), 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.a), 62/1996, de 16 de abril, FJ 5, y 33/1999, de 8 de marzo]. En suma, la medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito [por todas, STC 44/1997, de 10 de marzo, FJ 5.b)]. En cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia puede

resumirse así: corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (STC 40/1987, de 3 de abril, FJ 2), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley. No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional, determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución [STC 128/1995, FJ 4.b)]. La jurisdicción de amparo se ciñe, pues, a constatar si la fundamentación que las resoluciones judiciales exponen es suficiente (por referirse a todos los extremos que autorizan y justifican la medida), razonada (por expresar el proceso lógico que individualiza la aplicación de las exigencias constitucionales al caso concreto) y proporcionada (esto es, si ha ponderado los derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad)».

(STC 333/2006, de 20 de noviembre. Recurso de amparo 4554/2004. Ponente: Don Roberto García Calvo y Montiel. «BOE» de 20 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«En relación con la cuestión suscitada, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* en el artículo 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*, generando una consolidada doctrina, recogida, por citar alguna de las más recientes, 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), y que puede resumirse, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso primero del artículo 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente.

b) El procedimiento de *habeas corpus*, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realice 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 rele-

vancia 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 del *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*. Ahora bien, este Tribunal ha admitido el rechazo liminar en casos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o en casos 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 artículo 4 LOHC, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento), no procede acordar la inadmisión, sino examinar las circunstancias de aquella situación, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el artículo 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*. De ese modo no es constitucionalmente legítimo fundamentar la inadmisión de este procedimiento 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 *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación.

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del *habeas corpus*, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas, de tal modo que cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la solicitud de *habeas corpus* puede ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 LOHC, puesto que en tales condiciones no procede incoar el procedimiento. Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya ido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el artículo 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de *habeas corpus* contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente. En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de *habeas corpus* dirigidas contra ellas, las detenciones policiales, las detenciones o retenciones impuestas en materia de extranjería por la policía sin autorización judicial (como se recuerda en nuestra STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 3) o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares.

En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de *habeas corpus* basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del artículo 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus* serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales».

(STC 46/2006, de 13 de febrero. Recurso de amparo 7016/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 16 de marzo de 2006. En el mismo sentido, STC 29/2006, de 30 de enero, —«BOE» de 1 de marzo de 2006—; STC 93/2006, de 27 de marzo, —«BOE» de 4 de mayo de 2006—; STC 169/2006, de 5 de junio, —«BOE» de 7 de julio de 2006—; SSTC 201 a 213/2006, de 3 de julio, —«BOE» de 4 de agosto de 2006—; STC 250/2006, de 24 de julio, —«BOE» de 18 de agosto de 2006—; y STC 303/2006, de 23 de octubre —«BOE» de 28 de noviembre de 2006—).

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad en el ámbito de la publicación de Sentencias y actos procesales

«La necesidad de realizar esta ponderación y la identificación de los específicos intereses a tomar en consideración para justificar la excepción de la publicidad íntegra de la resolución viene siendo una práctica habitual de este Tribunal, en una labor que responde a criterios también seguidos por otros Altos Tribunales extranjeros, supranacionales e internacionales y, muy especialmente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, este Tribunal Constitucional, como ya se ha señalado en el ATC 516/2004, de 20 de diciembre, FJ 1, sin perjuicio del especial cuidado que muestra en no incluir en sus resoluciones ningún dato personal que no resulte estrictamente necesario para formular su razonamiento y el correspondiente fallo, en diferentes ocasiones y desde sus inicios, como demuestra la STC 31/1981, de 28 de julio, ha procedido a omitir la identificación de determinadas personas que aparecían mencionadas en sus resoluciones, bien atendiendo a la garantía del anonimato de las víctimas y perjudicados en casos especiales (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, o 127/2003, de 30 de junio); bien atendiendo el específico deber de tutela de los menores, tanto en supuestos de litigios relativos a su filiación o custodia (SSTC 7/1994, de 17 de enero, o 144/2003, de 14 de julio), procedimientos de adopción o desamparo (SSTC 114/ 1997, de 16 de junio; 124/2002, de 20 de mayo; 221/2002, de 25 de noviembre, o 94/2003, de 19 de mayo) como, de conformidad con el artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, en supuestos de ser acusados de hechos delictivos (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, o 30/2005, de 14 de febrero). Sin perjuicio de ello, también se ha destacado en la reciente STC 68/2005, de 31 de marzo, que “quien participa por decisión propia en un procedimiento público no puede invocar su derecho fundamental a la intimidad personal ni la garantía frente al uso de la informática (arts. 18.1 y 4 CE) por el mero hecho de que los actos del procedimiento en los que deba figurar su nombre sean, por mandato de la Constitución o con apoyo en ella, objeto de publicación oficial o de la publicidad y accesibilidad que la trascendencia del propio procedimiento en cada caso demande; ello sin perjuicio, claro

es, de que el contenido mismo de tales actos incorpore, eventualmente, datos que puedan considerarse inherentes a la intimidad del sujeto, supuesto en el cual sí operan, en plenitud, aquellas garantías constitucionales” (FJ 15)».

(STC 114/2006, de 5 de abril. Recurso de amparo 24/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 9 de mayo de 2006).

Derecho a la intimidad personal en el ámbito penitenciario

«Resulta indudable que el desnudo integral de la persona incide en el ámbito de su intimidad corporal constitucionalmente protegido, según el criterio social dominante en nuestra cultura SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5). Pero, por otra parte, debemos considerar que la intimidad personal no es un derecho de carácter absoluto (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7) y que, además de llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas, puede el propio titular de este derecho aceptar inmisiones en el mismo.

Así, el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar una limitación de la intimidad corporal. Tal limitación podrá ser acordada mediante resolución judicial motivada que satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, sin excluirse (debido a la falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4).

Siendo esto así por lo que respecta a los ciudadanos que gozan de una situación de libertad, la afectación del derecho a la intimidad en el concreto ámbito penitenciario puede llegar a ser más intensa. En efecto, este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5). Así, el artículo 68.2 del Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, contempla que “por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios”.

Al margen de tales supuestos cabe también que el consentimiento eficaz del sujeto particular permita la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2)».

(STC 196/2006, de 3 de julio. Recurso de amparo 943/2001. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 4 de agosto de 2006).

«La celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión

para la intimidad de quienes la sufren –“una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)– como también, por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar “ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere” (STC 89/1987, FJ 2).

El domicilio constituye un ámbito de privacidad “dentro del espacio limitado que la propia persona elige” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio “es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un “espacio apto para desarrollar vida privada” (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público.

Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término».

(STC 89/2006, de 27 de marzo. Recurso de amparo 6036/2002. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 4 de mayo de 2006).

ARTÍCULO 18.3

Intervención de las comunicaciones telefónicas. Plazo. Pruebas derivadas de una prueba obtenida con vulneración del derecho fundamental

«No precisa mayor discusión el hecho de que la medida judicial que acuerda la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones debe fijarle un límite temporal. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido que una previsión sobre la “fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida” esté recogida en la legislación española (cfr. SSTEDH *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998, § 59, y *Prado Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003, § 30), es evidente que tal cautela debe encontrar reflejo en la resolución judicial.

Tal límite se vincula a un lapso temporal (dejando de lado las matizaciones que esta doctrina presenta en el ámbito penitenciario –cfr. ATC 54/1999, de 8 de marzo–), delimitado por la fijación de una fecha tope o de un plazo. En el caso concreto la intervención se autorizó por el plazo de un mes. Por tanto, lo que se cuestiona es, precisamente, cómo se debe computar el plazo previsto en la resolución judicial y, más en particular, cuál debe ser su *dies a quo*. Mientras que los órganos judiciales que han conocido de la causa estiman plausible que dicho día sea aquél en el que se

produce efectivamente la intervención telefónica, el recurrente afirma que es el día en el que se dicta la decisión judicial que autoriza dicha intervención.

En anteriores 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.

(.../...). De otro lado, si en nuestra STC 184/2003, de 23 de octubre, afirmábamos, en línea con la citada jurisprudencia el 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 sea autorizada, o que la autorización quede conferida sin que la misma tenga lugar ni resulte 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 una resolución judicial (art. 18.3 CE), sin que la intervención de terceros pueda alterar el *dies a quo* determinado por aquélla.

(.../...)

Hemos de observar que: «Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la estimación de la denunciada vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) determina la prohibición, derivada de la Constitución, desvalorar todas las pruebas obtenidas directamente a partir de las referidas intervenciones telefónicas, puesto que desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo”, debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5, y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26, y 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4). Dicha prohibición afecta, en primer término, a las cintas en que se grabaron las conversaciones y sus transcripciones. Igualmente, de la declaración de la vulneración del mencionado derecho fundamental deriva la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas

mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita (por todas, SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 13, y 165/2005, de 20 de junio, FJ 9)” (STC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7).

A ello ha de añadirse que: “Para determinar si existe o no esa conexión de anti-juridicidad establecimos en la STC 81/1998, de 2 de abril, una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. ‘Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo’.

Por último, hemos afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo. Por ello, cuando no ha habido un pronunciamiento previo de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la posible conexión existente entre las pruebas viciadas por la vulneración del derecho fundamental y el resto de la prueba practicada, en sí misma no afectada por ese vicio, este Tribunal como regla general se ha limitado a declarar la vulneración del derecho sustantivo al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio, y a anular la Sentencia condenatoria, retrotrayendo las actuaciones, para que fueran los órganos judiciales los que resolvieran acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre las pruebas rechazadas y las restantes y sobre la suficiencia de estas últimas para sustentar la condena (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4, y 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6), salvo en supuestos en los que la claridad meridiana de los datos aportados al proceso de amparo y de los que se desprenden de las resoluciones judiciales le permiten ejercer directamente su control sin necesidad de reenvío (como afirmamos en la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 16)” (STC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7)».

(STC 26/2006, de 30 de enero. Recursos de amparo 623/2004, 958/2004 y 1311/2004 (acumulados). Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

Intervención de las comunicaciones telefónicas. Requisitos para adoptarlas

«La intervención judicial de las comunicaciones integra una limitación del derecho al secreto de las mismas prevista en el propio texto constitucional (art. 18.3 CE).

Como en los demás supuestos de limitación de derechos fundamentales, constituye doctrina de este Tribunal la de que una medida de ese tipo debe sujetarse a parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos o bienes constitucionales. Ha de tratarse así de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante, que aquí equivale a la prosecución de una instrucción penal relevante: “la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede considerarse constitucionalmente legítima cuando ... se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad; es decir, cuando su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 299/ 2000, de 11 de diciembre, FJ 2). La comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de efectuarse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/ 2000, de 11 de diciembre, FJ 2)” y (STC 184/2003, de 23 de octubre; FJ 9). Faltará en todo caso el carácter necesario de la intervención cuando la misma constituya “la primera medida de investigación penal, pues el juicio de necesidad, esto es, el carácter imprescindible de la medida como parte esencial del juicio de proporcionalidad, requiere ponderar la eventual existencia de medios alternativos de investigación” (STC 184/2003, FJ 9).

(.../...)

Como destacábamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, “el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos (caso *Klass*, § 51), o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional” (FJ 8).

Así, la decisión judicial debe “exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que justifiquen la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención, como lo son la imputación de un delito grave, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios en la posible existencia, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos. ... La precisión de los indicios es indispensable, como un *prius* lógico de los también obligados juicios sobre la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, pues su legitimidad constitucional exige que mediante la intervención de las comunicaciones telefónicas sea posible alcanzar el objetivo pretendido, que no exista una medida menos gravosa para su consecución y que el sacrificio del derecho fundamental reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes y derechos atendiendo la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre (STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4)” (STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 4).

Los indicios necesarios para la ponderación constitucional legitimadora de la medida limitativa “no son circunstancias meramente anímicas” (STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 4) sino que requieren su apoyo 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 se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; también, entre otras, STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 4; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 26/2006, de 30 de enero, FJ 6). Precisábamos en la STC 299/2000 que «la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella.

De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa” (FJ 5; también, SSTC 176/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5)».

(STC 146/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 2172/2004. Ponente. Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 8 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 104/2006, de 3 de abril, —«BOE» de 9 de mayo de 2006—; STC 136/2006, de 8 de mayo, —«BOE» de 8 de junio de 2006—; SSTC 219 y 220/2006, de 3 de julio, —«BOE» de 4 de agosto de 2006—; y STC 253/2006, de 11 de septiembre, —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

ARTÍCULO 20

Derecho a la libertad de expresión. Contenido y diferencia con el derecho a comunicar información

«En el ámbito de las libertades de expresión e información en relación con el derecho al honor, nuestro control no se limita a enjuiciar externamente la actuación de los órganos judiciales, examinando en términos de irrazonabilidad la ponderación por ellos efectuada, sino que hemos de verificar si dicha valoración respeta la posición constitucional de los derechos en juego (SSTC 200/ 1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 148/2001, de 27 de junio, FJ 3; 148/2002, de 15 de julio, FJ 3; 20/2002, de 28 de enero, FJ 3).

(.../...)

Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza 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” (SSTC 4/1996, de 19 de febrero; 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2).

Sin embargo, 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, y la “expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión” (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5).

(.../...)

De acuerdo con la misma, y en palabras de la STC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4, “el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues «así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43)”.

(.../...)

Por otra parte, la libertad de expresión, como también ocurre con la de información, adquiere especial relevancia constitucional cuando “se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derecho subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (STC 107/ 1988, de 8 de junio, FJ 2). Abundando en esta idea, hemos señalado que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 20/2002, de 28 de enero, FJ 5; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 9).

No obstante, en cualquier caso se sitúan fuera del ámbito de protección de dicho derecho las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/ 2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4). Quiere ello decir que de la protección constitucional que brinda el artículo 20.1.a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4 y, más recientemente, y por todas, SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 5)».

(STC 174/2006, de 5 de junio. Recurso de amparo 6998/2003. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 7 de julio de 2006).

Derecho a la libertad de expresión de Abogado en ejercicio del derecho de defensa

«La consolidada doctrina que sobre esta especial manifestación de la libertad de expresión ha sentado este Tribunal, y que aparece sintetizada, entre otras, en las SSTC 65/2004, de 19 de abril, FJ 2; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; 22/2005, de 1 de febrero, FJ 3; y 232/2005, de 26 de septiembre, 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)”.

Asimismo se recuerda en la citada doctrina (SSTC 65/2004, FJ 2, 197/2004, FJ 5, 22/2005, FJ 3, y 232/2005, FJ 3) que “la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso *Barfod*)”.

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 155/2006, de 22 de mayo. Recurso de amparo 199/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 22 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 299/2006, de 23 de octubre, –«BOE» de 28 de noviembre de 2006–; y 338/2006, de 11 de diciembre, –«BOE» de 16 de enero de 2007–).

Conflicto entre libertad de información y derecho al honor. Veracidad del contenido de la información. Reportaje neutral

«La doctrina de este Tribunal sobre la veracidad como característica necesaria de la información que constituye objeto del derecho fundamental garantizado en el artículo 20.1.d) CE en los términos en que lo han hecho recientemente las SSTC 54/2004, de 15 de abril (FJ 4), y 61/2004, de 19 de abril (FJ 4):

a) “En la doctrina de este Tribunal sobre la veracidad se parte de que este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 40/1992, de 30 de marzo; 232/1992, de 14 de diciembre; 240/1992, de 21 de diciembre; 15/1993, de 18 de enero; 178/1993, de 31 de mayo; 320/1994, de 28 de noviembre; 76/1995, de 22 de mayo; 6/1996, de 16 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 3/1997, de 13 de enero; 144/1998, de 30 de junio; 134/1999, de 15 de julio, y 192/1999, de 25 de octubre). La razón de ello se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988; 28/1996; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997; 144/1998). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; reiterada en las posteriores SSTC 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6, y 148/2002, de 15 de julio, FJ 5)”.

b) “Hemos señalado asimismo que esa diligencia no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, entre otras muchas). En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, señalando que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, ‘cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (240/1992, FJ 7; 178/1993, FJ 5; 28/1996, FJ 3; 192/1999, FJ 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5; 28/1996, FJ 3)’ (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 6; reiterados en la STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6). También debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo ‘la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia’ o ‘la transmisión neutra de manifestaciones de otro’ (STC 28/1996). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de

utilidad a estos efectos, como son, entre otros, los que se aluden en la STC 240/1992, de 21 de diciembre, y se reiteran en la STC 28/1996, de 26 de febrero, en concreto, ‘el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.’ (STC 21/2000, FJ 6)”.

c) “Finalmente hemos afirmado que no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).”

(.../...)

En la STC 54/2004, de 15 de abril (FJ 7) –que, por su parte, remite a la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4– ha declarado este Tribunal que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

“a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4.b)]”.

“b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido”.

Y, sobre esta base, “cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad. Como dijimos en la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4, ‘en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 144/1998, de 30 de junio, FJ 5)’; de este modo, la ausencia o el cumplimiento imperfecto de los señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria”».

(STC 53/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 2760/2006. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 31 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso

«a) Este Tribunal ha declarado de manera constante y reiterada, como se recuerda en las SSTC 73/2004, de 22 de abril (FJ 3), y 144/2004, de 13 de septiem-

bre (FJ 2), que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el artículo 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (STC 20/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y fijan los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer requisitos y límites al acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos, razón por la cual se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se obtiene una resolución que deja impregunada la acción o la pretensión ejercitada en el proceso, si está fundada en algún requisito o presupuesto legalmente establecido que impida entrar en el fondo del asunto (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6; 12/1998, de 15 de enero, FJ 4; 145/1998, de 30 de junio, FJ 2, entre otras).

De este modo el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impositivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7). También puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4 y las en él citadas).

(STC 327/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 7153/2004. Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 12 de enero de 2006).

«Uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión. Asimismo hemos mantenido, desde la STC 37/1995, 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 del principio *pro actione*, 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 122/1999, de 28 de junio, FJ 2, y 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

Por tanto, 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, mani-

fiestamente 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 79/2005, de 2 de abril, FJ 2, y 294/2005, de 21 de noviembre, FJ 2, por todas).

En efecto, en esta última hipótesis, al estar comprometida la obtención de una primera decisión judicial y, por tanto, el principio *pro actione*, el control de este Tribunal ha de ser más intenso, pues aunque no sea su función interpretar las normas procesales, sí lo es verificar que la interpretación efectuada por los órganos judiciales no resulta contraria a la Constitución (SSTC 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 7; 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 3, entre otras muchas). En este orden de cosas, debe recordarse que cuando se trata de acceder a la justicia, y por aplicación de dicho principio, este Tribunal ha de comprobar, en primer término, si existe la causa impeditiva del conocimiento del asunto y, en segundo lugar, si la interpretación que se haya hecho de la misma en el caso concreto contraviene el derecho fundamental, pues el rechazo de la acción con base en una interpretación restrictiva de las condiciones previstas para su ejercicio implica la vulneración del derecho que garantiza el artículo 24.1 CE (por todas, STC 236/2006, de 17 de julio, FJ 2)».

(STC 327/2006, de 20 de noviembre. Recursos de amparo acumulados 5732/2003 y 7859/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 20 de diciembre de 2006. En el mismo sentido, STC 267/2006, de 11 de septiembre, –«BOE» de 11 de octubre de 2006–).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al recurso

«Por lo que se refiere a la supuesta lesión del derecho de acceso a los recursos de la recurrente conviene recordar (por todas, FJ 2 de la STC 225/2003, de 15 de diciembre) que este Tribunal viene manteniendo, en especial desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, que así como el acceso a la jurisdicción es un componente esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 121/1999, de 28 de junio, FJ 4; 43/2000, de 14 de febrero, FJ 3; 74/2003, de 23 de abril, FJ 3), salvo en lo relativo a las sentencias penales condenatorias. Como consecuencia de lo anterior, el principio hermenéutico *pro actione* opera en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, y no en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión, que “es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos” (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5). Siendo ello así porque el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal (reiterando la doctrina anterior, la STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 1, dictada por el Pleno del Tribunal).

De este modo, el control que compete a la jurisdicción constitucional no alcanza a revisar los pronunciamientos referidos a la inadmisión de recursos, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria, salvo en aquellos casos en los que la interpretación o

aplicación de los requisitos procesales llevada a cabo por el Juez o Tribunal, que conducen a la inadmisión del recurso, resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable, o incurra en un error de hecho patente entre otras muchas, SSTC 43/2000, de 14 de febrero, FJ 3; 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 181/2001, de 17 de septiembre, FFJJ 2 y 3; 74/2003, de 23 de abril, FJ 3).

Como ha vuelto a expresar recientemente este Tribunal (por todas, STC 158/2006, de 22 de mayo, FJ 4), según nuestra consolidada doctrina, cuando se alega el derecho de acceso a los recursos el control constitucional de las resoluciones judiciales que puede realizar este Tribunal es meramente externo y debe limitarse a comprobar si carecen de motivación (STC 63/1992, de 29 de abril, FJ 2), se apoyan en una causa legal inexistente (STC 168/1998, de 21 de julio, FJ 2), resultan infundadas, o han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 6/2001, de 15 de enero, FJ 3; y 112/2002, de 6 de mayo, FJ 2).

Esta visión restrictiva de las posibilidades de apreciar una vulneración del derecho de acceso a los recursos, que es la lesión que alega la demandante de amparo, debe ser, sin embargo, precisada con nuestra doctrina en relación con la indicación o advertencia errónea de recursos, que ha tenido un desarrollo reciente en el fundamento jurídico 3 de la STC 241/2006, de 20 de julio, reiterativo de la doctrina contenida en la STC 38/2006, de 13 de febrero, donde se afirma que no puede considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo la interposición por el demandante de amparo, cuente o no con asistencia letrada, de recursos o remedios procesales objetiva y manifiestamente improcedentes cuando la misma sea consecuencia de una errónea indicación consignada en la instrucción de recursos a que se refiere el artículo 248.4 LOPJ.

Ya en el fundamento jurídico 3 de la STC 244/2005, de 10 de octubre, en el que se reitera lo que tuvimos ocasión de decir en el fundamento jurídico 2 de la STC 79/2004, de 5 de mayo, afirmamos que se han de diferenciar los casos en que el órgano judicial omite toda indicación acerca de los recursos procedentes de aquellos otros supuestos en que no se trata de omisión judicial, sino de una indicación errónea o equivocada sobre la existencia o no de recursos.

Conforme se señala en la STC 107/1987, de 25 de junio, FJ 1, a la instrucción o información errónea acerca de los recursos “ha de darse mayor alcance que a la simple omisión, en cuanto que es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, error que hay que considerar como excusable, dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial”.

Ahora bien, se razona asimismo en la mencionada STC 107/1987, FJ 1 (recogiendo doctrina anterior, de la que son exponentes las SSTC 43/1983, de 20 de mayo, 70/1984, de 11 de junio, y 172/1985, de 6 de diciembre), que ‘si bien los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, esos efectos carecerán de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error sea también imputable a la negligencia de la parte, cuya apreciación habrá de tomar en consideración la muy diferente situación en la que se encuentra quien interviene en un proceso sin especiales conocimientos jurídicos y sin asistencia letrada y quien, por el contrario, acude a él a través de peritos en Derecho capaces, por ello, de percibir el error en que se ha incurrido al formular la instrucción de recursos. Esta doctrina, como hemos visto, ha sido matizada por el Tribunal, al menos cuando se trate de determinar la extemporaneidad de un recurso de amparo, puesto que, como se reitera en el fundamento jurídico 3 de la STC 241/2006, de 20 de julio, la instrucción o información errónea acerca de los

recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la *auctoritas* que corresponde a quien la hizo constar (STC 26/1991, de 11 de febrero), es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable 'dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial' (SSTC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 2; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 3), pues 'si la oficina judicial [ha] ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables ... el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia' ” (*ibidem*).

No se puede, por tanto, en todo caso, imputar a negligencia de la parte su pasividad cuando la misma es resultado de un error del órgano judicial pues, como declarábamos en la STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 2, “si la oficina judicial hubiera ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables o hubiera declarado firme, expresamente, la resolución y, por tanto, inimpugnable, en tal caso, el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia, inducido así a error que, por tanto, sería excusable (STC 102/1987) y no podría serle imputado porque ‘los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera del ciudadano’ (SSTC 93/1983 y 172/1985) (STC 67/1994, de 28 de febrero, FJ 3)”».

(STC 256/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 1928/2003. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 11 de octubre de 2006. En el mismo sentido, STC 265/2006, de 11 de septiembre –«BOE» de 11 de octubre de 2006–).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al recurso. Intervención letrada

«El carácter obligatorio de la intervención letrada supone que el derecho fundamental simultáneamente constituye un requisito del procedimiento, pero en ningún caso cabe transformar el contenido del derecho en una mera carga procesal hasta el punto de devenir en un obstáculo insalvable que impida el ejercicio de otro derecho fundamental, como es el acceso al recurso; por el contrario, la exigencia a la parte de tener un defensor acentúa la obligación de los poderes públicos de garantizar la efectiva designación de Letrado (SSTC 42/1982, 37/1988 y 216/1988). Por ello hemos afirmado que puede originarse una situación de indefensión constitucionalmente prohibida si no se suspende el curso del proceso hasta que al litigante carente de medios económicos le sea nombrado un Letrado por el turno de oficio (SSTC 28/1981 y 47/1987), y también que no es admisible hacer depender de una institución ajena a las partes el efectivo cumplimiento de los requisitos capaces de determinar, en su caso, la inadmisión de los recursos (SSTC 10/1990, 11/1990, 12/1990, 13/1990, 39/1990 y 99/1990)» (STC 12/1993, 18 de enero, FJ 1). Este Tribunal tiene declarado –como ha recordado el Ministerio Fiscal– que tanto la presencia del Procurador como la del Letrado son requisitos cuyo incumplimiento es subsanable, y sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte oportunidad para ello podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 130/2003, de 30 de junio, FJ 2 y las allí citadas).»

(STC 304/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 2162/2001. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 12 de enero de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

«El principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya finalizado por resolución firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (por todas, SSTC 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 141/2003, de 14 de julio, FJ 4; y 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4).

Ciertamente ese principio de invariabilidad no presenta carácter absoluto, admitiéndose la legitimidad de la existencia de excepciones en la doctrina de este Tribunal, en la medida que este derecho fundamental no comprende el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; y 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, entre otras).

Por lo que se refiere a las excepciones contenidas en el artículo 267 LOPJ nuestra doctrina ha efectuado algunas precisiones de distinta consideración. Por una parte, con carácter general, ha señalado que constituyendo la vía aclaratoria una excepción al principio de intangibilidad, este mecanismo ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido, así como que la figura de la aclaración debe ser objeto de una rigurosa interpretación restrictiva por su carácter de excepción frente al principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; 56/2002, 11 de marzo, FJ 4; 141/2003, de 14 de julio, FJ 5; y 190/2004, 2 de noviembre, FJ 3, entre otras).

Por otra parte, con carácter más singular, con relación a la actividad de “suplir cualquier omisión”, en la que dice fundarse la resolución impugnada en amparo, este Tribunal ha declarado que no debe suponer cambio del sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado (SSTC 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 141/2003, de 14 de julio, FJ 4; y 206/2005, de 18 de julio, FJ 3, entre otras).»

(STC 137/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 4272/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 8 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 177/2006, de 5 de junio —«BOE» de 7 de julio de 2006—; STC 231/2006, de 17 de julio —«BOE» de 18 de agosto de 2006— y STC 257/2006, de 11 de septiembre —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

«El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permi-

tiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4).»

(STC 256/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 1928/2003. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 11 de octubre de 2006).

«Es doctrina consolidada que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE es la que se concreta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el Ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos como a que se respete su firmeza y la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su modificación o revisión a través de los cauces extraordinarios legalmente previstos para ello (SSTC 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 3; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 240/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; y 177/2006, de 5 de junio, FJ 3, entre otras). No obstante también hemos precisado reiteradamente que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurren en error patente ya que, en otro caso, el recurso de amparo se convertiría en una nueva instancia (SSTC 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 4; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 240/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; y 177/2006, de 5 de junio, FJ 3, entre otras).»

(STC 318/2006, de 15 de noviembre. Recurso de amparo 6371/2004 Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 14 de diciembre de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la doble instancia penal

«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). En tales supuestos, en efecto, en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia a favor del reo, resulta de aplicación el principio de interpretación *pro actione*, entendido como la interdicción de aquellas decisiones o actuaciones judiciales determinantes de la privación de dicha garantía esencial que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara des-

proporción 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).»

(STC 158/2006, de 22 de mayo. Recurso de amparo 3283/2003. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 22 de junio de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. Motivación

«Por su parte, interesa destacar, en relación con la doctrina constitucional relativa a la obligación de motivación de las resoluciones judiciales, las siguientes declaraciones:

a) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción;

b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC 14/1991, 175/1992, 105/1997, 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (STC 165/1999, de 27 de septiembre), y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre);

c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).»

(STC 314/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 1977/2003. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 12 de enero de 2006. En el mismo sentido, STC 302/2006, de 23 de octubre —«BOE» de 28 de noviembre de 2006—).

«En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial jurídicamente motivada, este Tribunal tiene señalado 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; y 196/2003, de 1 de diciembre, FJ 6, entre otras muchas). 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. 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; y 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2, por todas). 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 y 100/2004, de 2 de junio, FJ 5, entre otras muchas).

Asimismo hemos declarado reiteradamente que la existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto 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 en virtud del artículo 117.1 y 3 CE (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3; y 119/2003, de 16 de junio, FJ 3, por todas) y 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 permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores y de 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 (por todas, SSTC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3).

En cuanto al alcance y los límites de la potestad de control de este Tribunal sobre la motivación de las resoluciones judiciales, hemos precisado también que el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental, como sucede en este caso, en el que en la vía judicial previa se denunciaba la vulneración del derecho a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE], con las limitaciones inherentes a la relación de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y los internos, en el marco normativo derivado del artículo 25.2 CE (por todas, SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 141/1999, de 25 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 29 de enero, FJ 3).»

(STC 2/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 3274/2001. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 15 de febrero de 2006. En el mismo sentido, STC 262/2006, de 11 de septiembre —«BOE» de 11 de octubre de 2006—; STC 276/2006, de 25 de septiembre —«BOE» de 26 de octubre de 2006—; y STC 331/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—).

«Es necesario recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos, ya sea favorable o adversa a sus intereses. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, deber que no queda cumplido con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del

ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería entonces una mera apariencia, lesionando, por ello, el derecho a la tutela judicial (SSTC 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Por ello, si bien es cierto que la aplicación de la legalidad corresponde exclusivamente a los Tribunales ordinarios (art. 117.3 CE) y que, por tanto, este Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para actuar como una instancia destinada a velar por la corrección interna de la interpretación jurisdiccional de la legalidad ordinaria, ello “no obsta para que, en determinados supuestos, pueda estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razonamiento puede eventualmente traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental” (SSTC 100/1987, de 12 de junio, FJ 4; 333/2005, de 20 de diciembre, FJ 2).

En particular, para examinar si un pronunciamiento judicial ha incurrido en un vicio de irrazonabilidad susceptible de tutela a través del recurso de amparo es necesario partir de la idea de que la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro, este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del discurso la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3).»

(STC 59/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 2553/2003. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 31 de marzo de 2006. En sentido similar y mismo «BOE», STC 60/2006, de 27 de febrero de 2006).

«Este Tribunal ha venido afirmando, en una reiterada y consolidada doctrina, que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso (SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 186/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; y 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

Naturalmente, de este derecho no están privadas las personas recluidas en los centros penitenciarios, cuyo derechos constitucionales reconoce expresamente el artículo 25.2 CE –que sólo exceptiona aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio el sentido de la pena y la ley penitenciaria–, así como la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (art. 3 LOGP). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que la existencia de un régimen disciplinario especial en materia penitenciaria no implica que las personas recluidas en establecimientos penitenciarios se vean privadas, en los casos apropiados, de la protección del artículo 6

del Convenio de Roma (SSTEDH de 28 de junio de 1984, caso *Campbell y Fell c. Reino Unido*; y de 9 de octubre de 2003, caso *Ezeh y Connors c. Reino Unido*). Por nuestra parte, hemos insistido con reiteración en la particular intensidad de las garantías exigibles en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre los internos penitenciarios, por cuanto cualquier sanción en este ámbito supone de por sí una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 4; 83/1997, de 22 de abril, FJ 2; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; o 165/2006, de 5 de junio, FJ 2).

La salvaguarda del ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos, preventivos o penados, compete primordialmente a las propias instituciones penitenciarias y, subsidiariamente, a los órganos jurisdiccionales, de un modo singular a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. En no pocas ocasiones hemos afirmado el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tienen dichos órganos judiciales, a los que corresponde no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias [art. 76.2.e) LOGP y art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ] sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, conforme dispone el artículo 76.1 y 2.g) LOGP (por todas, SSTC 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 5; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 1; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 5; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 52/2004, de 13 de abril, FJ 5).

Por ello, cuando el interno acude al Juez de Vigilancia Penitenciaria e impugna una sanción impuesta por la Administración penitenciaria, ejerce su derecho ex artículo 24.1 CE a promover la actividad jurisdiccional, que ha de ser satisfecho mediante la obtención de una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que, ciertamente, no tiene que ser favorable, pero sí congruente con lo pedido. Más aún, la exigencia de la necesaria respuesta a cuantas pretensiones se formulen en este ámbito cobra particular intensidad cuando estén fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales, ya que hemos declarado en distintas ocasiones que todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental requiere una respuesta expresa (entre otras muchas en el ámbito penitenciario, SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 6; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 153/1998, de 13 de julio, FJ 4; 104/2002, de 6 de mayo, J 3; 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 128/2003, de 30 de junio, FJ 6; 2/2004, de 14 de enero, FJ 2; 52/2004, de 13 de abril, FJ 5; y 165/2006, de 5 de junio, FJ 2).

No desconoce este Tribunal las dificultades en que deben desarrollar su actividad muchos órganos judiciales. Pero, como en otras ocasiones hemos dicho, por más que las lesiones constitucionales apreciadas hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica no puede llegar a alterar nuestro juicio de constitucionalidad (SSTC 7/1995, de 10 de enero, FJ único; 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 7; 109/1997, de 2 de junio, FJ 2; 223/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; y 160/2004, de 4 de octubre, FJ 5).

En este orden de cosas, hemos admitido en diversas ocasiones la licitud constitucional de la respuesta judicial estereotipada o producto de un formulario, en la medida en que peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, pues lo relevante es la existencia en la decisión de una motivación bastante para conocer los criterios jurídicos que fundamentan su parte dispositiva (SSTC 169/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 210/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 5).

Pero no es menos cierto que la utilización de formularios o modelos impresos para fundamentar las resoluciones judiciales puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del artículo 24.1 CE estén íntimamente relacionadas (como se subraya, por todas, en la STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4). Es precisamente desde esta perspectiva de la posible concurrencia de una incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial como hemos examinado en otras ocasiones denuncias análogas a la actual (SSTC 161/1993, de 17 de mayo, FJ 3; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 5; o 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 6).»

(STC 268/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 6806/2004. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 11 de octubre de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. Motivación de las Sentencias absolutorias

«Desde la Sentencia del Pleno de este Tribunal 169/2004, de 6 de octubre, no puede sostenerse que la motivación sea una mera formalidad prescindible en supuestos de absolución, y que la ausencia de motivación en la Sentencia del Jurado carezca de toda trascendencia, pues dijimos en la referida Sentencia: “En lo que aquí y ahora interesa hemos de concluir, pues, que la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el artículo 61.1.d) LOTJ constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el artículo 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integran en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante de la Ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6)”.

(.../...)

Esta obligación de motivar debe ser exigida con menos rigor cuando se trata de una Sentencia absolutoria, pues una garantía del proceso penal, como lo es la de motivación, se proyecta en este caso en contra de quien se halla bajo la cobertura de esa garantía, no obstante también ha sostenido este Tribunal en la Sentencia de Pleno antes citada (STC 169/2004, de 6 de octubre), que “las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que en las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el artículo 120.3 CE, es requerida ‘siempre’.

No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del por qué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las

Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad”».

(STC 115/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 2573/2001. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 26 de mayo de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente

«Hemos declarado en doctrina constante que para que un error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que concurren varios requisitos: *a)* en primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada; esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; *b)* es necesario, en segundo lugar, que sea atribuible al órgano judicial; es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues, en caso contrario, no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el artículo 44.1.b) LOTC; *c)* en tercer lugar, ha de ser de carácter eminentemente fáctico, además de patente; es decir, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por conducir a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia; y *d)* ha de producir, por último, efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen de relevancia constitucional (por todas, SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 4; 55/2001, de 26 de febrero, FJ 4; 36/2002, de 11 de febrero, FJ 6; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 7; y 37/2006, de 13 de febrero, FJ 3; y todas las allí citadas).»

(STC 117/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 87/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 26 de mayo de 2006. En el mismo sentido, STC 263/2006, de 11 de septiembre –«BOE» de 11 de octubre de 2006–).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales

«Interesa recordar que, conforme viene señalando reiteradamente este Tribunal, el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurría la controversia procesal [de entre las más recientes, SSTC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3.a); 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3.a); 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.a); 103/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2.a); y 4/2006, de 16 de enero, FJ 3].

Por lo que se refiere específicamente a la incongruencia omisiva o *ex silentio*, hemos venido señalando que ésta tiene lugar cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las cuestiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. A estos efectos, este Tribunal ha venido distinguiendo entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pre-

tensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, y hemos subrayado que, si bien respecto de las pretensiones la exigencia de congruencia es más rigurosa, no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones formuladas, pudiendo ser suficiente a los fines del artículo 24.1 CE, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aun cuando se omita una contestación singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales [entre otras, SSTC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3.b); 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3.b); 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 2; 264/2004, de 20 de diciembre, FJ 7; 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2.b); 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.b); 103/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 193/2005, de 18 de julio, FJ 2; 250/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2.b); y 4/2006, de 16 de enero, FJ 3].

Ahora bien, como hemos señalado en la reciente STC 4/2006, de 16 de enero, aunque es cierto que no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el órgano judicial no dé respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones vertidas en el proceso, “el artículo 24.1 CE sí exige la consideración de las que sean sustanciales, de las que vertebran el razonamiento de las partes, al margen de que pueda darse una respuesta sólo genérica, y con independencia de que pueda omitirse esa respuesta, en cambio, respecto de las alegaciones de carácter secundario”. En efecto, el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva “no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Hiro Balani c. España* y *Ruiz Torija c. España* de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras” (FJ 3). En suma, “es igualmente obligado no omitir la consideración de las alegaciones concretas que resulten sustanciales para el caso y decisivas para el fallo. Esto es, cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia” (STC 4/2006, de 16 de enero, FJ 3).

Finalmente, conviene recordar que para que la incongruencia omisiva adquiera relevancia constitucional deben cumplirse dos requisitos: en primer lugar, que la cuestión cuyo conocimiento y decisión se dice que quedó imprejuzgada haya sido efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno [SSTC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 7; 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2.a); y 4/2006, de 16 de enero]; y, en segundo lugar, que la omisión se refiera a cuestiones que, de haber sido consideradas en la decisión, hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado (por todas, SSTC 35/2002, de 11 de febrero, FJ 2; y 4/2006, de 16 de enero, FJ 3).»

(STC 85/2006, de 27 de marzo. Recurso de amparo 2938/2001. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 4 de mayo de 2006).

«Reiteradamente hemos sostenido que la denominada incongruencia *extra peti-tum* se produce cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema no incluido

en las pretensiones deducidas en el proceso y que adquiere relevancia constitucional cuando el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones “suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal” (STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 1), provocando la indefensión de las partes al pronunciarse la decisión judicial sobre temas o materias no debatidos oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando las alegaciones y argumentos que tuvieran por convenientes en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (por todas, entre las más recientes, SSTC 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3, y 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 3).

El juicio sobre la congruencia exige, por tanto, la confrontación entre la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos: lo pedido (*petitum*) y los hechos o la realidad histórica que sirve de razón o causa de pedir (*causa petendi*), y en relación con estos últimos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión (SSTC 29/1999, de 8 de marzo, FJ 2, o 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 2). Lo cual no significa que “el Juez deba 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, pues, por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar su fallo en los preceptos legales o en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; y, por otro, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones deducidas, tal y como hayan sido formalmente presentadas por los litigantes, de modo que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no haya sido formal o expresamente formulada, resulte implícita o sea consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso” (SSTC 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3, y 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 2).»

(STC 116/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 73/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 26 de mayo de 2006).

«La incongruencia procesal puede revestir tres modalidades. Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o *ex silentio* que tendrá lugar “cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución” (SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 5; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 5). La denominada incongruencia *extra petitum* se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae “sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción” (SSTC 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 8). La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos “en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre

el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta” (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; y 152/2006, de 22 de mayo, FJ 5).»

(STC 278/2006, de 25 de septiembre. Recurso de amparo 7222/2004. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 26 de octubre de 2006).

«Nuestra doctrina reiterada que mantiene que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el artículo 24.1 CE.

Como dijimos en la STC 52/2005, de 14 de marzo, “Tal vacío de tutela judicial con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de ‘la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo’, sino sobre el ‘desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes’ (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). se trata de un quebrantamiento de forma que provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia” (FJ 2).

Para que la incongruencia tenga relevancia constitucional este Tribunal viene exigiendo ciertos requisitos:

a) Que la cuestión fundamental no resuelta fuera efectivamente planteada ante el órgano judicial en el momento procesal oportuno (por todas, STC 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

b) Que la falta de respuesta se produzca, no ante cualquier cuestión, sino, en rigor, ante una pretensión, ante una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de determinada fundamentación o *causa petendi* pues “el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*. Cifándonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre”, como recordábamos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo (FJ 2), con cita de las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero (FJ 3). Esta precisión sobre el objeto de la incongruencia constitucionalmente relevante “ha servido, en primer lugar, para poder constatarla en supuestos en los que sí hay respuesta judicial a la petición, pero en correspondencia a otro fundamento y con ello a otra pretensión. En segundo lugar, la constricción de la incongruencia omisiva relevante *ex* artículo 24.1 CE a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma, y en ellos puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones aportadas, cabiendo una respuesta global o genérica a todas ellas aunque se omita una consideración singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales” (STC 193/2005, de 18 de julio, FJ 3).

c) Que se produzca una falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta, como decíamos en la STC 52/2005, de 14 de marzo, “no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/ 1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal –y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional– ‘es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita’ (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). En tal sentido ‘no se produce incongruencia omisiva prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo’ (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2)” (FJ 2).»

(STC 269/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 3035/2005. Ponente. Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 11 octubre 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener un sobreseimiento libre

«Este Tribunal ha reiterado que son cuestiones de legalidad ordinaria que, conforme a lo establecido en el artículo 117.3 CE, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales y, por tanto, sobre las que este Tribunal no pueda intervenir salvo que la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, irrazonable o manifiestamente infundada o bien producto de un error patente, tanto la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales exigidos para la obtención de un pronunciamiento en vía judicial, entre los que cabe incluir las cuestiones referidas a la legitimación y la correcta conformación de la relación jurídico-procesal (por todas, STC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 3), como las decisiones sobre si ha de dictarse o no un Auto de sobreseimiento y, si así fuera, con base en qué supuesto de los previstos en la ley (por todas, STC 63/2002, de 11 de marzo, FJ 3). También se ha destacado que, si bien un proceso penal puede concluir legítimamente en su fase preliminar por una resolución distinta de la Sentencia, no exista *ex lege* el derecho a un sobreseimiento libre, ya que desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva nada obsta a que, cuando así lo requiera o lo determine la naturaleza y las características del procedimiento seguido, éste pueda concluir mediante cualquier tipo de resolución judicial configurada legalmente al efecto, cuando ninguna tacha de orden constitucional pueda oponerse a su regulación legal (por todas, SSTC 40/1988, de 10 de marzo, FFJJ 2 y 3, ó 212/1991, de 11 de noviembre, FJ 4).»

(STC 72/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 5959/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 18 de abril de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal

«Es procedente recordar la doctrina sentada por este Tribunal en relación con el canon de control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sentencias penales absolutorias, que recientemente reproducíamos en la STC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2.

Pues bien, de acuerdo con la referida doctrina, la víctima de un delito o, en este caso, de un falta, no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4, 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4, 215/1999, de 28 de diciembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7), sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (por todas, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4) y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 138/1999, de 22 de julio, FJ 5, 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, y 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas). Por ende, la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen.

Asimismo este Tribunal ha precisado que cuando el justiciable ha acudido a la vía penal como único medio de reacción contra derechos fundamentales sustantivos que considera lesionados y la jurisdicción penal, tras la sustanciación del proceso con plenas garantías, no ha dictado sentencia condenatoria, cabe acudir a este Tribunal para solicitar un pronunciamiento declarativo, previsto en el artículo 55.1.b) LOTC, sobre la existencia de la vulneración alegada del derecho fundamental sustantivo de que se trate. En estos supuestos, en caso de otorgarse el amparo, el pronunciamiento de este Tribunal se limitará, en efecto, a declarar la vulneración del derecho fundamental, sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la sentencia absolutoria firme impugnada (entre otras muchas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 148/2002, de 15 de julio, FJ 3).

Por el contrario, si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del *ius ut procedatur* en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absolutorio se fundamenta en la vulneración de derechos procesales garantizados en el artículo 24 CE, entonces sí es procedente, en caso de otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquél en que se produjo la lesión estimada. Pues, en efecto, la mencionada imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de sentencias penales absolutorias “no ha de entenderse referida a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales” (por todas, SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7; y 4/2004, de 16 de enero, FJ 5).

En aplicación de esta doctrina, hemos efectuado pronunciamientos de anulación y retroacción, entre otros casos, por haberse inadmitido una prueba de la acusación relevante y decisiva cerrándose la causa sin practicarla (STC 116/1997, de 23 de junio), por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin haber tenido lugar el juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo y versando exclusivamente la apelación sobre si el apelante era o no titular de acción penal contra su cónyuge (STC 168/2001, de 16 de julio), o por haberse fallado la apelación penal sin haber resuelto sobre la solicitud de prueba presentada por la acusación al impugnar el recurso de apelación (STC 81/2002, de 22 de abril).»

(STC 12/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 6533/2002. Ponente. Don Roberto García Calvo y Montiel. «BOE» de 15 de febrero de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal. Motivación del Auto de sobreseimiento y archivo

«Conforme la reiterada doctrina de este Tribunal, la Constitución no reconoce ningún derecho fundamental a obtener condenas penales. En consonancia con ese planteamiento, este Tribunal ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (por todas, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4; 81/2002, de 22 de abril, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4).

También hemos afirmado reiteradamente que la decisión judicial de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por todas, SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 2; 203/1989, de 4 de diciembre, FJ 3; 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 1; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4).

Y en cuanto a la referida exigencia de motivación, este Tribunal ha señalado, específicamente en relación con las decisiones de sobreseimiento y archivo de causas penales, que la misma no obliga constitucionalmente al Juez o Tribunal a efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado, sin que el recurso de amparo constituya una vía idónea para el enjuiciamiento o censura de la parquedad o concisión del mismo. Basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico, sin que sea necesario el análisis pormenorizado de los elementos integrantes del tipo o tipos penales por los que se formula una querrela

(SSTC 150/1988, de 15 de julio, FJ 3; 238/1988, de 13 de diciembre, FJ 2; 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 3; 191/ 1992, de 16 de noviembre, FJ 2). Por lo demás, “lejos de criterios de pretendida validez universal, la suficiencia de una concreta motivación sólo puede ser examinada y enjuiciada casuísticamente a la luz de las peculiares circunstancias concurrentes” (STC 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 2).

Por último, hemos de recordar que la técnica de la motivación por remisión es constitucionalmente admisible con carácter general (por todas, SSTC 146/1990, de 1 de octubre, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2; 7/ 2004, de 9 de febrero, FJ 5; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10) y, en concreto, la remisión a informes del Ministerio Fiscal, incorporándose así al contenido de las resoluciones judiciales (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 3).»

(STC 176/2006, de 5 de junio. Recurso de amparo 1454/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 7 de julio de 2006).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una decisión favorable

«El derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en el derecho a obtener una decisión favorable y no llega ni siquiera a garantizar el acierto de la resolución adoptada en cada caso, ni a excluir eventuales errores en el razonamiento desplegado, aspectos que integran cuestiones de estricta legalidad ordinaria. El derecho a la tutela judicial tan sólo garantiza el derecho a obtener, cuando se cumplan los requisitos procesales correspondientes, una resolución de fondo, que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en Derecho, sobre las pretensiones de las partes, con independencia de que ésta sea favorable o desfavorable a los intereses de la parte recurrente (SSTC 106/2005, de 9 de mayo, FJ 3, y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3, por todas).»

(STC 7/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 1431/2002. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 15 de febrero de 2006. En el mismo sentido, STC 117/2006, de 24 de abril —«BOE» de 26 de mayo de 2006—).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Reforma peyorativa en apelación por la propia interposición del recurso

«La denominada reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 232/2001, de 10 de diciembre, FJ 5).

Desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5;

28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté plateado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4), pues de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3).

A lo anterior cabe añadir, siempre de acuerdo con nuestra doctrina, que es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para el recurso de casación a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso, cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal que es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 84/1995, de 5 de junio, FJ 2; 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 6/1987, de 28 de enero, FJ 2; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 19/1992, de 14 de febrero, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 16 de enero, FJ 5; 200/2000, de 24 de julio, FJ 2). Lo cual agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio “aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal”, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso “para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la instancia” (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5).

Y de forma expresa y reiterada hemos aplicado la anterior doctrina a la fase de apelación dimanante, como en este supuesto, de un previo juicio de faltas (SSTC 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 202/1988, de 31 de octubre, FJ 3; 182/1991, de 30 de septiembre, FJ 4; 56/1992, de 8 de abril, FJ 2; y 16/2000, de 16 de enero, FJ 5, entre otras).»

(STC 310/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 4542/2002. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 12 de enero de 2006).

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” (entre otras

muchas, SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3; y 224/2005, de 12 de septiembre, FJ 2).

Ello no obstante, también hemos afirmado que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existiría infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; y 71/2005, de 4 de abril, FJ 3).

En tal sentido hemos señalado igualmente que para que un Tribunal de apelación pueda apartarse de las calificaciones de los hechos propuestas por la acusación se requiere el cumplimiento de dos condiciones: *a)* que exista identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, debatido en el juicio contradictorio y declarado probado en la Sentencia dictada en instancia constituya el soporte fáctico de la nueva calificación; y *b)* que pueda considerarse que existe homogeneidad entre el delito por el que se dictó Sentencia condenatoria en instancia y el delito por el que se ha condenado en apelación, entendiéndose que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse (por todas, SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 5; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.a); 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; y 71/2005, de 4 de abril, FJ 3).»

(STC 266/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 6185/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 11 de octubre de 2006. En el mismo sentido, STC 347/2006, de 11 de diciembre —«BOE» de 16 de enero de 2007—).

«Hemos sostenido reiteradamente en anteriores resoluciones que “forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación”, derecho que encierra un “contenido normativo complejo” cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria [SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.a); 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2]. Esta exigencia se convierte así en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Hemos señalado también que, a efectos de fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener “los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito”, que es lo que ha de entenderse «por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa» (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Por eso no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos

que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 9/1982, de 10 de marzo, FJ 1; 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 2; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7; 358/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5; y 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3).»

(STC 299/2006, de 23 de octubre. Recurso de amparo 5876/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 28 de noviembre de 2006. En el mismo sentido, STC 284/2006, de 9 de octubre —«BOE» de 16 de noviembre de 2006—).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la asistencia letrada

«Debe recordarse al respecto que, en relación con la denegación de asignación de un Letrado de oficio, “para estimar que se ha producido una vulneración del derecho a la asistencia letrada ha de constatarse que se ha producido indefensión material. En efecto, debe señalarse que este Tribunal, en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sustentada, entre otras, en las Sentencias de dicho Tribunal de 9 de octubre de 1979 (caso *Airey*) y de 25 de abril de 1983 (caso *Pakelli*), ha señalado que, desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del artículo 24.2 CE. Para que esto suceda es necesario que la falta del Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, es decir, que se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa (por todas, SSTC 161/1985, de 17 de diciembre, FJ 5; 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3, y 101/2002, de 6 de mayo, FJ 2)” (STC 145/2002, de 15 de julio, FJ 3).»

(STC 20/2006, de 30 de enero. Recurso de amparo 6436/2002. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

Derecho a la asistencia letrada del detenido e imputado. Derecho a la libre designación de Abogado

«Con arreglo a la doctrina de este Tribunal [STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 1.a)], “es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el artículo 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el artículo 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido”; de modo que esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, y arts. 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP), no permite asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los artículos 17.3 y 24.2CE (en sentido similar desde las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 165/2005, FJ 11.a).

(.../...) Como hemos manifestado en la ya citada STC 165/2005, de 20 de junio, citando anteriores pronunciamientos de este Tribunal, “el derecho a la asistencia

letrada, interpretado por imperativo del artículo 10.2 CE de acuerdo con el artículo 6.3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, y con el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3; 7/1986, de 21 de enero, FJ 2; 12/1993, de 18 de enero). Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas del Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.b); 105/1999, de 14 de junio, FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 130/2001, de 4 de junio, FJ 3)” [FJ 11.b)].

(.../...)

El fundamento que sostiene la idea de que no existe vulneración del derecho a la asistencia de Abogado si la asistencia técnica ha sido efectiva fue establecida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso *Artico c. Italia*, parágrafo 33), y tenía por finalidad dotar de contenido material la garantía dispuesta en el artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estableciendo que no basta con la designación de Abogado de oficio para considerar salvaguardado el derecho, sino que es preciso que el Abogado de oficio asista efectivamente al procesado y que ejerza de modo efectivo la defensa. En este sentido, la efectividad de la defensa y de la asistencia ejercida, en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el artículo 6 CEDH y el artículo 24.2 CE, constituye una garantía complementaria a la obligación de nombramiento del Abogado de oficio, pero no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por el demandante de amparo de designar un Letrado de su elección y justificarla asignación de un Letrado de oficio, produciendo una restricción injustificada, sin apoyo legal para ello, del derecho a la libre designación de Abogado. La asistencia letrada, libremente designada o asignada de oficio, se configura, en ciertos casos, tanto en el artículo 6.3.c) CEDH como en los preceptos de la Ley procesal que desarrollan las exigencias del artículo 24.2 CE, además de como un derecho subjetivo, como una institución dirigida a asegurar las debidas garantías del proceso (por todas, STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2); de modo que constituye una exigencia estructural del proceso a cuya observancia quedan obligados los órganos judiciales.

Ahora bien, la libre designación de Abogado, salvo muy excepcionales circunstancias que permitan su restricción, previstas por la ley y proporcionales al fin, constitucionalmente lícito, perseguido, debe siempre primar sobre la asignación de oficio. A dicha primacía nos hemos referido en la STC 130/2001, de 4 de junio, FJ 3, entre otras, afirmando que “en el proceso penal el órgano judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado o condenado un Letrado del turno de oficio tan sólo en los casos en los que, siendo preceptiva su asistencia, aquél, pese a haber sido requerido para ello, no hubiese designado Letrado de su elección o pidiese expresamente el nombramiento de uno de oficio, así como en los supuestos en que, siendo o no preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o éste estime necesaria su intervención (SSTC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2; 18/1995, de 24 de enero, FJ 3)”.

De otra parte, la única situación en la que Ley permite la imposición de un Letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de incomunicación del detenido

o preso contemplada en el artículo 527.a) LECrim, cuya constitucionalidad ha sido declarada por este Tribunal en STC 196/1987, de 11 de diciembre, ya citada, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos.»

(STC 339/2005, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 4760/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 20 de enero de 2006. En el mismo sentido, STC 81/2006, de 13 de marzo —«BOE» de 18 de abril de 2006—).

Derecho a no declarar contra sí mismo

«Conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el artículo 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular —ha señalado—, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la ‘persona acusada’.

Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6” (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza*, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso *John Murray c. Reino Unido*, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso *Serves c. Francia*, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, § 40; de 3 de mayo de 2001, caso *Quinn c. Irlanda*, § 40; de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*, § 39). “En este sentido —concluye el Tribunal de Estrasburgo— el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio” (Sentencias *Saunders*, §. 68; A diferencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), nuestra Constitución sí menciona específicamente en su artículo 24.2 los derechos a “no declarar contra sí mismos» y a «no confesarse culpables” que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5). En particular, hemos afirmado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo coacción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” [SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3.b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4.a); 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6]. Y hemos declarado asimismo que los citados derechos “entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación” (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5).»

(STC 68/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 5786/2001. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 18 de abril de 2006).

Derecho a ser informado de la acusación

«Este Tribunal ha afirmado que, para impedir la situación de quien se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa, un elemento central del proceso penal consiste en el derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE), que presupone obviamente la acusación misma, y cuyo contenido es un conocimiento de la acusación facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante los que el proceso se sustancia (STC 146/1986, de 12 de noviembre, FJ 1). La Constitución, sin embargo, no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto, que es la plasmada en el escrito de conclusiones o de calificaciones definitivas, que a la acusación que da lugar al inicio de una investigación criminal o a sus diversas medidas de investigación o de aseguramiento. Al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema, la pena criminal, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más inviolable de sus derechos fundamentales.

Por eso, cada una de las fases de ese proceso, iniciación, imputación judicial, adopción de medidas cautelares, sentencia condenatoria, derecho al recurso, se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la acción punitiva la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 15), pero tales exigencias no son idénticas en su contenido y efectos.

(.../...)

Precisamente constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio, debiéndose hacer constar en el mismo la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación (art. 299 LECrim), por lo que, únicamente, cuando los hechos van siendo esclarecidos en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede perfectamente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente, especialmente cuando se plasma en los escritos de calificación o acusación.»

(STC 75/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 4390/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 18 de abril de 2006).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble instancia en materia penal

«La cuestión sobre si, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000 (comunicación núm. 701-1996), puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple las exigencias derivadas del artículo 14.5 PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un Tribunal superior, ya ha sido resuelta afirmativamente por este Tribunal, entre otras, en las SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2.

En efecto, el artículo 14.5 PIDCP, ratificado por España, y cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal en los siguientes términos: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya

impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". La doctrina de este Tribunal, sistematizada ampliamente en la STC 70/2002, FJ 7, y a la que se refiere también la STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6, parte de que el mandato del citado precepto, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda incorporado al derecho a un proceso con todas las garantías a que se refiere la Constitución en su artículo 24.2, a través de la previsión del artículo 10.2 CE, por lo que hay que entender que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro Ordenamiento (STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3, entre otras). Asimismo, hemos precisado que en el artículo 14.5 PIDCP no se establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7). A partir de tal consideración, "este Tribunal ha concluido, por un lado, que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías artículo 24.2 CE, a la vista del tenor literal del artículo 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach c. Francia*, y de 25 de julio de 2002, caso *Papon c. Francia*), se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2). Y, por otro, que la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el artículo 14.5 PIDCP, lo que permite ... que dentro del ordenamiento, y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5)" (STC 123/2005, FJ 6).

En efecto, en cuanto a esta última conclusión, afirmamos en la STC 70/2002, FJ 7, con apoyo en reiterada jurisprudencia constitucional, que el mandato contenido en el artículo 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro Derecho interno, y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2, el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo, que permita apurar las posibilidades del recurso de casación. En dicha línea, es doctrina de este Tribunal que la casación penal "cumple en nuestro ordenamiento, el papel de 'Tribunal superior' que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", y que también le corresponde "la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido", de modo que su regulación ha de interpretarse en función de aquel derecho fundamental y "en el sentido más favorable para su eficacia" (STC 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2). "En definitiva [concluye la STC 70/2002], conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional" (FJ 7).»

(STC 136/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 1142/2002. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 116/2006, de 24 de abril –«BOE» de 26 de mayo de 2006–).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que una de las exigencias inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en tanto que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial, conforme a la cual, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, debe garantizarse a las partes que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.

A esos efectos se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él. Se ha puntualizado, no obstante, que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2, y 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3).»

(STC 306/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 6595/2001. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 12 de enero de 2006).

«Este Tribunal, en una doctrina que cabe calificar de consolidada y de la que últimamente nos hemos hecho eco en la reciente STC 45/2006, de 13 de febrero, ha afirmado que: “la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso la primera de ellas: 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, de modo que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso judicial. 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. 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 o, más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior. No obstante, habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda[n] objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, 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 (por todas, SSTC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 3; 41/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 202/2005, de 18 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 306/2005, de 12 de diciembre, FJ 3”).

También hemos dicho en la STC 41/2005, de 28 de febrero, con cita de la STC 39/2004, de 22 de marzo, que: “la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*. Se ha puntualizado, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el Juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto”.

La concreción de esta doctrina constitucional se ha producido principalmente al estudiar la incompatibilidad de las facultades de instrucción y de enjuiciamiento, pero sin perder de vista que lo decisivo es el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad.

Tal como indicábamos en la Sentencia últimamente citada “la determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, aun cuando ésta sea sólo indiciaria y provisional (fundamento jurídico 3 y doctrina jurisprudencial allí citada)”. Y concluimos este desarrollo argumental puntualizando que deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto.

Tal modo de razonar es, como recordábamos en el ATC 8/2002, de 22 de abril, el empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 2 de marzo de 2000 (caso Garrido Guerrero contra España): “en la cual el Tribunal de Estrasburgo ha precisado y completado la Sentencia dictada en el caso *Castillo Algar* en el sentido de que la Sala, en el caso que fue objeto de aquella Sentencia, había precisado los límites del procesamiento (su carácter formal y provisional) de

manera tal que no prejuzgaba el resultado del litigio, la calificación de los hechos ni la culpabilidad del imputado, por lo que –concluía– no había tenido lugar allí la vulneración del Convenio denunciada. Es decir, será el razonamiento contenido en los Autos resolutorios de las quejas contra las resoluciones del Juez instructor el que nos permita averiguar si el mismo anticipa algún juicio sobre la culpabilidad del recurrente que inhabilite a los Magistrados que lo dictaron para el enjuiciamiento, pues si bien es cierto que, como hemos declarado reiteradamente, en el ámbito del proceso penal la previa realización de funciones de investigación o de supervisión o fiscalización de la investigación puede ser causa que justifique un temor fundado acerca de la imparcialidad de quien está llamado a resolver sobre el asunto investigado, dicha parcialidad sólo podría ser apreciada, conforme a la doctrina antes expuesta, cuando la actividad cuestionada supusiera asumir posiciones de parte o auxiliar a las partes en el ejercicio de sus funciones (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3; y 154/2001, de 2 de julio, FJ 3)».

(STC 143/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 5697/2003. Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 8 de junio de 2006).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez predeterminado por la Ley

«Pues bien, este Tribunal ha declarado reiteradamente, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, siendo, además, doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (SSTC 174/1993, de 27 de mayo; 6/1996, de 16 de enero, y 35/2000, de 14 de febrero, por todas; AATC 13/1989, de 16 de enero, y 113/1999, de 28 de abril, entre otros).»

(STC 115/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 2573/2001. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 26 de mayo de 2006).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Principio de igualdad de armas procesales

«En múltiples ocasiones “hemos marcado la notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas” (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4; también, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5). Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues “al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales” (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7), y encuentra plasmación, entre otros, en los derechos a ser informado de

la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la revisión de la condena, a no ser condenado dos veces por lo mismo o a la legalidad de las infracciones y sanciones. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del *ius puniendi* del Estado, en el que “el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso” (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 285/2005, de 7 de noviembre, FJ 4).»

(STC 141/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 139/2003. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 8 de junio de 2006).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Principios de contradicción e igualdad de armas procesales

«Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal, el artículo 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso judicial esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses. También hemos afirmado que la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo, a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (por todas, SSTC 138/1999 de 22 de julio, FJ 4; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

En esta última Sentencia destacábamos, específicamente en relación con el proceso penal, que “la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatorio —que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso— el cual, entre otras consecuencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el Juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, por todas). En tal sentido hemos acentuado que el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 4; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3), constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo.

De modo que sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. Y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2)».

A partir de la doctrina anteriormente señalada, en la STC 114/2000, de 5 de mayo, FJ 3 analizamos si la resolución de un recurso de apelación sin haber tenido oportunidad de tomar en consideración el escrito de impugnación del demandante de amparo, al no haberle sido remitido en el momento oportuno por el Juzgado, supuso una quiebra del principio de contradicción causante de indefensión. Y, remitiéndonos a los criterios establecidos en la STC 138/1999, de 22 de junio, FJ 2, afirmamos que en estos casos el juicio de este Tribunal, tras el examen de las actuaciones debe limitarse a comprobar los siguientes extremos: “1) que la decisión fue efectivamente adoptada *inaudita parte*, siendo indiferente que tal indefensión se haya producido sólo en segunda instancia, pues también en ésta ha de preservarse el derecho constitucional de defensa (SSTC 102/1987, 196/1992 y 178/1995, por todas); 2) que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a los ahora recurrentes (SSTC 112/1987, 66/1988, 237/1988, 327/1994 y 25/1997, entre otras muchas); y 3) que la ausencia de posibilidad de defensa depuró a éstos un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (STC 367/1993, por todas). En definitiva, de darse estos requisitos nos encontraríamos en presencia de una actuación judicial que ha causado indefensión, por lo que bastará comprobar la realidad de estos elementos para decidir sobre la viabilidad del amparo solicitado”.

(STC 307/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 6706/2001. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 12 de enero de 2006).

«Es doctrina constitucional consolidada que el principio de contradicción es básico para el desarrollo del proceso y, más concretamente, en lo que concierne al derecho, reconocido en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo como expresión de aquel principio, que se satisface, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ofreciendo al acusado una oportunidad apropiada para combatir los testimonios en su contra e interrogar a su autor cuando declara o en un momento posterior del proceso (SSTC 141/2001, de 18 de junio, FJ 5; 2/2002, de 14 de enero, FJ 4; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5). Asimismo este Tribunal ha declarado que no se infringe el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por causas ajenas a una actuación judicial reprochable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 2/2002, de 14 de enero, FJ 7; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5); por otro lado, como se indicó en la STC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3, lo que la Constitución protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas por las declaraciones del coacusado.»

(STC 142/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 3523/2003. Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 8 de junio de 2006).

«Ciertamente el principio de contradicción es esencia para el desarrollo del proceso y, particularmente, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo [art. 6.3.d) del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH] como expresión de aquel principio que se salvaguarda, dando al acusado una oportunidad adecuada para objetar los testimonios en su contra e interrogar a su autor cuando declara o en un momento posterior del proceso (SSTC 141/2001, de 18 de junio, FJ 5; 2/2002, de 14 de enero, FJ 4; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5). Por otra parte es también doctrina constitucional la de que no se quebranta el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por motivos que no responden a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 2/2002, de 14 de enero, FJ 7; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5) y, como se señaló en la STC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3, lo que nuestra doctrina protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas por las declaraciones del coacusado (STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

Partiendo de ello la problemática relativa al desenvolvimiento del principio de contradicción en las declaraciones de los coacusados ha sido recientemente abordada en la STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3, en la que afirmamos que la negativa a responder de los coacusados no lesiona, sin más, dicho principio, ya que al órgano judicial no le es imputable que la contradicción no se cumpla en tales supuestos en el modo idealmente pretendido, lo cual no supone, por tanto, una quiebra constitucionalmente reprochable del principio, ya que éste implica, en su primera y esencial formulación, “que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, sin que, por consiguiente, resulte justificable que la total contradicción se logre postergando el derecho fundamental de un tercero”.

(STC 198/2006, de 3 de julio. Recurso de amparo 6672/2002. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 4 de agosto de 2006)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal. Condena en apelación con vista pública sin practicar pruebas

«Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar, como hiciéramos en la STC 272/2005, de 24 de octubre, que:

“[L]a cuestión suscitada en este recurso de amparo ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas, como, por citar sólo algunas de las más recientes, las SSTC 208/2005, de 18 de julio; 203/2005, de 18 de julio; 202/2005, de 18 de julio; 199/2005, de 18 de julio; 186/2005, de 4 de julio; 185/2005, de 4 de julio; 181/2005, de 4 de julio; 178/2005, de 4 de julio; 170/2005, de 20 de junio; 167/2002, de 18 de septiembre. Según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como

consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia.

Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionan la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida. Y es que, con frecuencia, la respuesta global dada por los órganos judiciales no puede entenderse en su verdadero alcance sin considerar las alegaciones de las partes a las que se da contestación y el curso procesal al que las Sentencias ponen fin. No debemos perder de vista que, aun cuando sólo en la medida en que así resulta preciso para proteger los derechos fundamentales, en el recurso de amparo se enjuicia la actividad de los órganos judiciales y que, precisamente por ello, el acto final que es objeto de impugnación en amparo no es sino el precipitado de todo el proceso, aunque con frecuencia no todas sus incidencias se hagan explícitas en la resolución final”».

(STC 80/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 2473/2004. Ponente. Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 18 de abril de 2006. En el mismo sentido, STC 324/2005, de 12 de diciembre —«BOE» de 12 de enero de 2006—; STC 24/2006, de

30 de enero –«BOE» de 1 de marzo de 2006–; STC 347/06, de 11 de diciembre –«BOE» 16 de enero de 2007–).

«Hemos de recordar que el Pleno de este Tribunal, en la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 y 10, ha precisado la doctrina en relación con la exigencia 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 la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En concreto, la citada Sentencia establece que en el ejercicio de las facultades que el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) otorga al Tribunal *ad quem* en el recurso de apelación (que le atribuyen plena jurisdicción y desde luego le permiten revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez *a quo* y modificar los hechos probados) deben respetarse las garantías constitucionales del artículo 24.2 CE, lo que se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia, si bien ello no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

En efecto, tanto la STC 167/2002 como las Sentencias posteriores que han apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en aplicación de esta doctrina y que la han ido delimitando, resuelven supuestos en los que, tras una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales) en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin inmediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 47/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 40/2004, de 22 de marzo, FFJJ 5 y 6; 111/2005, de 9 de mayo, FFJJ 1 y 2). Sin embargo, este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1). Y desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal Europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Ake Andersson c. Suecia* y caso *Fedje c. Suecia*), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se repro-

duce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que “no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los Autos”. Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/2005, de 9 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3; y 170/2005, de 20 de junio, FJ 3, en la que consideramos que la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, era una cuestión de estricta valoración jurídica que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que fuera necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la intermediación, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso.»

(STC 74/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 1474/2003. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 18 de abril de 2006. En el mismo sentido, STC 307/2005, de 12 de diciembre —«BOE» de 12 de enero de 2006—; STC 91/2006, de 27 de marzo —«BOE» de 4 de mayo de 2006—; STC 95/2006, de 27 de marzo —«BOE» de 4 de mayo de 2006—; STC 114/2006, de 5 de abril —«BOE» de 9 de mayo de 2006—; STC 217/2006, de 3 de julio —«BOE» de 4 de agosto de 2006—; STC 328/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—; y STC 336/2006, de 11 de diciembre —«BOE» de 16 de enero de 2007—).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«El reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) no supone que se haya constitucionalizado en nuestro Ordenamiento un derecho a los plazos procesales, sino que, en línea con lo previsto en el artículo 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, lo que entiende nuestra jurisprudencia que implica tal derecho es que la tramitación de los procedimientos que se sigan ante los Tribunales de Justicia ha de desarrollarse en un plazo razonable. En este sentido hemos afirmado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado, el cual, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma, que ha sido tomado como estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, hemos declarado que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (SSTC 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 153/2005, de 6 de junio, FJ 2, por todos).»

(STC 82/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 5634/2004. Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 18 de abril de 2006. En el mismo sentido, STC 99/2006, de 27 de marzo —«BOE» de 4 de mayo de 2006—).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, sintetizada, entre otras, en la STC 1/2004, de 14 de enero (FJ 2), para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos.

El punto de partida en el examen de la vulneración del derecho a la prueba ha de ser el reconocimiento de que el artículo 24.2 CE establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, lo que implica, como hemos reiterado, que este derecho garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses. Ahora bien, la propia formulación del artículo 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi*, ya que, como señaló muy tempranamente este Tribunal, la opinión contraria, no sólo iría contra el tenor literal del artículo 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad.

De otra parte, es a los órganos judiciales a quienes compete la interpretación de las normas legales aplicables sobre la admisión y práctica de los medios de prueba; ellos son quienes han de pronunciarse sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad, y, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les ha de ser imputable. Igualmente el rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno.

Por último el alcance de esta garantía constitucional exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante; ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente. Teniendo en cuenta que la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo, corresponde al recurrente alegar y fundamentar adecuadamente que la prueba en cuestión resulta determinante en términos de defensa, sin que la verificación de tal extremo pueda ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. De ese modo el recurrente ha de razonar en esta sede en un doble sentido. Por un lado, respecto de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otro, argumentando que la

resolución final del proceso judicial podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien, por este motivo, busca amparo.»

(STC 82/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 5634/2004. Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 18 de abril de 2006. En el mismo sentido, STC 308/2005, de 12 de diciembre –«BOE» de 12 de enero de 2006–; STC 13/2006, de 16 de enero –«BOE» de 15 de febrero de 2006–; STC 53/2006, de 27 de febrero –«BOE» de 31 de marzo de 2006–; STC 238/2006, de 17 de julio –«BOE» de 18 de agosto de 2006–; STC 272/2006, de 25 de septiembre –«BOE» de 26 de octubre de 2006–; y STC 316/2006, de 15 de noviembre –«BOE» de 14 de diciembre de 2006–).

Derecho de defensa. Derecho a la última palabra

«Como resume la STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3: “Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, cuya violación denuncia el demandante de amparo, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2). Y ello ha de garantizarse en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas (SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 225/1988, de 28 de noviembre), tanto cuando las partes comparezcan por sí mismos (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (SSTC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3)”.

Esta misma Sentencia, señala a continuación que, más concretamente, “la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 8 de junio; y 91/2000, de 4 de mayo), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso al propio Ministerio público, ‘de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales’ (STC 112/1989, de 19 de junio).

Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de ‘interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él’, facultad ésta que el artículo 6.3.d) del Convenio europeo

de derechos humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SSTC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero)” (STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3).

En relación específica con el derecho a la última palabra, hemos indicado en esta misma STC 93/2005, de 18 de abril, con cita de la primera en esta materia (STC 181/1994, de 20 de junio), que “el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente” [art. 6.3.c) CEDH y art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso que “la nuestra en el proceso penal (art. 739 LECrim) ofrece al acusado el ‘derecho a la última palabra’ (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino –en palabras del Fiscal que la Sala asume– ‘por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera’. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio” (FJ 3).

El derecho a la última palabra constituye así una nueva garantía del derecho de defensa que entronca con el principio constitucional de contradicción y que posee un contenido y cometido propio bien definido. Se trata de una regla del proceso que, enmarcada dentro del derecho de defensa, no se confunde con éste, por cuanto no sólo constituye una garantía añadida a la defensa Letrada, al tratarse de la posibilidad procesal de autodefensa del acusado (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13), sino que debe igualmente diferenciarse del derecho a ser oído mediante la posibilidad de interrogación o confesión cuya realización se habrá ya realizado al inicio del juicio. El interrogatorio permite al acusado hacer las manifestaciones que estime pertinentes en defensa de sus intereses. Pero en ese momento desconoce cuál va a ser el comportamiento de los demás coimputados que declaren a continuación, de los testigos de cargo y de descargo, y el resultado de las pericias practicadas. Incluso desconoce cuál va a ser la vía argumental de las acusaciones y las defensas en sus respectivos alegatos, por lo que su postura inicial puede verse reafirmada o, por el contrario, necesitada de actualización y matización. El acusado ha de tener la oportunidad de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, por lo que ha de tener la oportunidad de ser el último en intervenir en el proceso, de modo que esta facultad se encuadra dentro del derecho de defensa que, en estas circunstancias, ha de realizarse de manera personal y directa por el interesado.

Este necesario deslinde entre la autodefensa que significa el derecho a la última palabra y otras posibles manifestaciones o proyecciones del derecho de defensa, como por ejemplo el trámite del informe oral de defensa (STC 33/2003, de 13 de febrero), provoca que pueda haberse tenido defensa efectiva y realizarse la prueba de confesión e interrogatorio, sin que nada de ello pueda suplir la quiebra del derecho adicional a la última palabra que en el ámbito internacional, como derecho de presencia y defensa personal, se erige como una garantía “mínima” de todo acusado [art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] en el marco de un “proceso equitativo” donde se reconoce, también como derecho mínimo, el de

“defenderse por sí mismo” [art. 6.3.c) CEDH]. Defensa personal ésta que deberá realizarse según la configuración que de la misma realicen las concretas leyes procesales.

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula en el artículo 739. Esta garantía, a decir de dicho precepto, tiene lugar a continuación de que las acusaciones y las defensas hubieran terminado sus respectivos alegatos, momento en el cual el “Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal”. Se trata de un derecho potestativo, que se ejercita tras la preceptiva pregunta del Presidente del Tribunal. Nuestra doctrina en la materia hasta el momento ha venido referida a procesos penales en los que los imputados son mayores de edad. Pero la misma se proyecta igualmente en los procesos penales de menores. Tal proyección, que podría venir exigida por la necesidad de aplicar a los infractores menores de edad todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, se refuerza ante la contundencia de la dicción empleada en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores cuyo artículo 37.2 declara que en la audiencia, tras la práctica de la prueba, “el Juez oír al Ministerio Fiscal y al Letrado del menor sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oír también al equipo técnico. Por último, el Juez oír al menor, dejando la causa vista para sentencia”.

Se trata, por lo tanto, de que lo último que oiga el órgano judicial, antes de dictar Sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa. Por ello su propia naturaleza impide que esas manifestaciones sean sometidas a debate por las partes, pues si fuera así, es claro que lo dicho por el acusado dejaría de ser la última palabra para convertirse en una más de sus declaraciones ante el Tribunal. Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio, que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación.

(.../...)

En efecto, de un lado, se trata de un derecho, el de la última palabra, que a decir del artículo 37.2 *in fine* de la Ley Orgánica 5/2000, en todo caso ha de ofrecer el órgano judicial (“Por último, el Juez oír al menor, dejando la causa vista para Sentencia”), lo que resulta coherente con el cuidadoso esfuerzo que este Tribunal exige a los órganos judiciales en su tarea de garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa del penalmente imputado, del que el derecho a la autodefensa constituye una adicional garantía que ha de otorgarse en todo caso. Por tal motivo no hemos considerado óbice procesal para la admisión de las demandas de amparo los supuestos de “protestas no formuladas en un acto ya fenecido” que, por ello, podrían no constar en el acta, cuando la defensa interpone a continuación el recurso pertinente alegando vulneración del derecho a la última palabra (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 1) y es ésta, por lo demás, la doctrina jurisprudencial constante que mantiene, con loable sensibilidad constitucional, que la falta de protesta por parte de la defensa del acusado no puede afectar a la subsistencia de un derecho de defensa que, por su trascendencia y autonomía, no está a merced de una rigurosa e inmediata diligencia reclamatoria del Letrado que le asiste (SSTS 9 de junio de 2003; 13 de julio de 2004; y 9 de diciembre de 1997).

El hecho de configurarse como una obligación legal, sólo potestativa en su ejercicio para el acusado, como una garantía del proceso con contenido autónomo y propio dentro del derecho de defensa y que se conecta, de este modo, a su vez, con el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionalmente reconocido en el artículo 24.2 CE, ha llevado a este Tribunal a no exigir carga adicional probatoria en torno a la repercusión efectiva que su pleno ejercicio hubiera hipotéticamente producido aunque sí respecto a la total ausencia de la posibilidad de que el acusado haya podido defenderse por sí mismo. Sin que, como se dijo en las SSTC 181/1994, de 20 de junio, y 93/2005, de 18 de abril, el hecho de que el recurrente haya estado asistido de Letrado obste en modo alguno al ejercicio del derecho a la última palabra (ya que la audiencia personal constituye una garantía autónoma e independiente de la relativa a la asistencia letrada) y con independencia, como también se ha afirmado, de que se hayan podido realizar con todas las garantías otras manifestaciones de defensa existentes en el decurso del proceso. Máxime si se tiene en cuenta que la autodefensa, una vez ofrecida, constituye una última posibilidad de exculpación de los hechos objeto de la acusación, pero que puede ser rechazada por el acusado en virtud de su derecho a permanecer en silencio.»

(STC 13/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 387/2003. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 15 de febrero de 2006).

Derecho de defensa contradictoria. Principio de contradicción

«Sentado lo anterior, conviene ahora avanzar más, trayendo a colación los pronunciamientos que, recogiendo reiteradas declaraciones anteriores, realizábamos en la STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3, en un caso también referido al ejercicio del derecho de autodefensa en juicio de faltas. Allí afirmamos que “el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, cuya violación denuncia el demandante de amparo, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2). Y ello ha de garantizarse en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas (SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 225/1988, de 28 de noviembre), tanto cuando las partes comparezcan por sí mismas (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (SSTC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3)”.

Más concretamente, y citando la anterior STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3, dijimos que precisamente la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, “reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar porque en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilida-

des de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 8 de junio; y 91/2000, de 4 de mayo), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso el propio Ministerio público, ‘de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales’ (STC 112/1989, de 19 de junio). Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de ‘interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él’, facultad ésta que el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SSTC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero)”.

“La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las ‘reglas esenciales del desarrollo del proceso’ (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: “el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos” (STC 144/1997, de 15 de septiembre)” (STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3).»

(STC 12/2006, de 16 de enero. Recurso de amparo 6533/2002. Ponente. Don Roberto García Calvo y Montiel. «BOE» de 15 de febrero de 2006).

Presunción de inocencia

«Recuerda la STC 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, que el derecho a la presunción de inocencia, como regla de juicio, comporta el de no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías a través de las cuales puedan considerarse acreditados, de forma no irrazonable, todos los elementos fácticos del hecho punible, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada, y la intervención del acusado en el mismo (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2). Es 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.»

(STC 238/2006, de 17 de julio. Recurso de amparo 3042/2004. Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 18 de agosto de 2006. En el mismo sentido, STC 8/2006,

de 16 de enero —«BOE» de 15 de febrero de 2006—; STC 284/2006, de 9 de octubre —«BOE» de 16 de noviembre de 2006—).

Presunción de inocencia. Eficacia probatoria de las diligencias sumariales

«Punto de partida ha de ser nuestra reiterada afirmación, en una línea jurisprudencial muy consolidada que se inició en la STC 31/1981, de 28 de julio, de que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; y 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra jurisprudencia ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: *a)* materiales —que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; *b)* subjetivos —la necesaria intervención del Juez de Instrucción; *c)* objetivos —que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y *d)* Formales —la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el artículo 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral. En el mismo sentido, analizando supuestos similares nos hemos pronunciado en las SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4.

En aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 LECrim, siempre que “el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, intermediación y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4). De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

En este contexto hemos de recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3.d) y 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski*, § 41; 15 de junio de 1992, caso *Lüdi*, § 47; 23 de abril de 1997, caso *Van Mechelen y otros*, § 51; 11 de noviembre de 2005, caso *Bocos-Cuesta*, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso *Carta*, § 49). Como el Tribunal Europeo ha declarado en la Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso *Lucà*, § 40, “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”.»

(STC 345/2006, de 11 de diciembre. Recurso de amparo 2243/2004. Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 16 de enero de 2006. En el mismo sentido, STC 1/2006, de 16 de enero —«BOE» de 15 de febrero de 2006—; STC 92/2006, de 27 de marzo —«BOE» de 4 de mayo de 2006—; 104/2006, de 3 de abril —«BOE» de 9 de mayo de 2006—; y STC 344/2006, de 11 de diciembre —«BOE» de 16 de enero de 2007—).

Presunción de inocencia. Prueba indiciaria

«“En cuanto a los medios probatorios sobre los que puede basarse la convicción judicial de culpabilidad, hemos declarado desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, según recordábamos recientemente en la STC 186/2005, de 4 de julio (FJ 5), que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y b) 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 (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 12; 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4; y 135/2003, de 30 de junio, FJ 2). Como se dijo, alegando doctrina anterior, en la STC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2, 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 el de su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 14; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5)” (STC 267/2005, de 24 de octubre, FJ 3).»

(STC 66/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 2464/2004. Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 31 de marzo de 2006. En el mismo sentido, STC 123/2006, de 24 de abril —«BOE» de 26 de mayo de 2006—; STC 239/2006, de 17 de

julio de 2006 —«BOE» de 18 de agosto de 2006—; STC 284/2006, de 9 de octubre —«BOE» de 16 de noviembre de 2006—; y STC 328/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—).

Presunción de inocencia. Pruebas eficaces para desvirtuarla

«El derecho a la presunción de inocencia es quizás la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho “sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo ‘uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal’ (SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso” (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5). En lo que ahora importa, como criterio para la constatación de hechos, como regla presuntiva, supone que “el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones” [SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5.a)]. Como señalábamos anteriormente, mientras que en general, en los demás ámbitos de la actividad judicial, la conformación de los hechos que sirven de punto de partida para la solución de un conflicto tienen trascendencia constitucional por afectar a un derecho fundamental cuando los mismos sean el fruto de un error patente, de modo que no quepa en tal caso calificar la respuesta judicial como tutela efectiva, cuando se trate de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado será necesario que la conducta delictiva que se le atribuya venga sólidamente sustentada por pruebas de cargo que hayan sido practicadas con las necesarias garantías de “defensa efectiva” y de “corrección de la valoración” (STC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2). Al igual que no existe “un principio de legalidad invertido”, que otorgue al acusador un derecho a la ondena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4), tampoco existe una especie de “derecho a la presunción de inocencia invertido”, de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas.»

(STC 141/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 139/2003. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 8 de junio de 2006).

Presunción de inocencia. Pruebas inválidas o ineficaces

«Este Tribunal ha señalado (por todas, STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4) la íntima relación que existe entre la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que la primera sólo puede entenderse desvirtuada en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías. Asimismo, hemos dicho que no reúnen tales garantías las pruebas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, pues aunque esta prohibición de valoración no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2), por lo que la necesidad de tutelar éstos, en atención a la especial relevancia y posición que los mismos ocupan en nuestro Ordenamiento, en cuanto

traducción normativa de la dignidad humana y elemento legitimador de todo poder político, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos (STC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 5).

A partir de estas premisas, hemos afirmado que, cuando se valoran pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3).»

(STC 136/2006, de 8 de mayo. Recurso de amparo 1142/2002. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de junio de 2006. En el mismo sentido, STC 253/2006, de 11 de septiembre —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputados

«La cuestión de la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, cuando se presentan como únicas pruebas de cargo, ha sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte de este Tribunal, que ha ido construyendo una consolidada doctrina al respecto, cuya evolución ya fue sintetizada en las SSTC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2, y 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3.

En efecto, tal como se puso de manifiesto en dichos pronunciamientos, cabe distinguir una primera fase, de la que son exponentes las SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2; 50/1992, de 2 de abril, FJ 3; y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4, en la que este Tribunal venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, con el argumento de que dichas declaraciones constituirían actividad probatoria de cargo bastante, al no haber norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que el hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideraba que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del artículo 117.3 CE.

Un punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997, de 29 de agosto, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; y 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), ya mantuvo que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecían de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

Un nuevo paso se da en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 5 y 32, respectivamente, en las que el Pleno de este Tribunal clarificó que la exigen-

cia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración 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 al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (ideas que fueron reiterándose en las SSTC 76/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 57/ 2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, y 155/2002, de 22 de junio, FJ 11).

Esta jurisprudencia fue perfilándose con muy diversos elementos que, aunque hoy ya están asentados en la doctrina de este Tribunal (por todas, y sólo entre las últimas, SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1, ó 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1), sin embargo, son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes. Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4, estableció 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. La STC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, precisó 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, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 30/2005, de 14 de febrero, FJ 6, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y, por último, las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 165/2005, de 20 de junio, FJ 15, descartaron que la futilidad del testimonio de descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos.

En aplicación de la doctrina constitucional expuesta, el pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria de la declaración de un coimputado exige comprobar si dicho testimonio es la única prueba de cargo en la que se ha fundamentado la condena y si la incriminación contenida en dicha declaración sobre la participación de un tercero cuenta con una corroboración mínima a partir de otros hechos, datos o circunstancias externas ajenos a la misma.»

(STC 34/2006, de 13 de febrero. Recurso de amparo 183/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 16 de marzo de 2006. En el mismo sentido, STC 340/2005, de 20 de diciembre –«BOE» de 20 de enero de 2006–; STC 312/2005, de 12 de diciembre –«BOE» de 12 de enero de 2006–; STC 97/2006, de 27 de marzo –«BOE» de 4 de mayo de 2006–; STC 142/2006, de 8 de mayo –«BOE» de 8 de

junio de 2006–; STC 170/2006, de 5 de junio –«BOE» de 7 de julio de 2006–; STC 160/2006, de 22 de mayo –«BOE» de 22 de junio de 2006–; STC 258/2006, de 11 de septiembre –«BOE» de 11 de octubre de 2006–; y STC 277/2006, de 25 de septiembre –«BOE» de 26 de octubre de 2006–).

«Ya desde la STC 31/1981, de 28 de julio, la jurisprudencia constitucional ha configurado el derecho a la presunción de inocencia, desde su perspectiva de regla de juicio, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que supone que ha de existir una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del tipo delictivo y que de la misma puedan inferirse razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5; 94/2004, de 24 de mayo, FJ 2; y 61/2005, de 14 de marzo), habiendo subrayado asimismo este Tribunal que no le incumbe revisar la valoración de las pruebas en virtud de las cuales el órgano judicial, en el ejercicio de la función exclusiva que le atribuye el artículo 117.3 CE, obtiene su íntima convicción, ya que ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las necesarias garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 3; y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2), de modo que al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni el Tribunal Constitucional una tercera instancia (SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 8; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; y 8/2006, de 16 de enero, FJ 3).

En este orden de cosas, la declaración del coacusado, siempre que cumpla los requisitos exigidos, puede erigirse como prueba de cargo apta para enervar aquel derecho, de forma que cabe también referir aquí la doctrina constitucional al respecto, que dio comienzo en una segunda etapa con la STC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6, persistiendo hasta la actualidad, y cuyas líneas básicas son las siguientes:

a) La declaración inculpatoria del coacusado, que es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir mínimamente corroborada por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, por cuanto al acusado le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad (art. 24.2 CE), de modo que sus manifestaciones, cuando son la única prueba, no alcanzan la suficiente entidad para desvirtuar aquella presunción (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6); esto es, como se dijo en la STC 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, antes de ese mínimo de corroboración no existe base probatoria bastante desde la perspectiva constitucional que delimita la presunción de inocencia (*vid.* también las SSTC 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 2, y 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

b) Se deja a la casuística la determinación de los casos en que puede estimarse que existe esa mínima corroboración, atendiendo, pues, a las circunstancias presen-

tes en cada supuesto concreto (SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6), pero, en cualquier caso, los elementos de veracidad objetiva de la declaración tales como la ausencia de animadversión o su coherencia interna, no tienen relevancia como factores externos de corroboración (SSTC 190/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1).

c) Debe tenerse en cuenta asimismo que se requiere esa mínima corroboración en relación precisamente con la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6).

d) Finalmente, como enseguida se verá, resulta de gran interés para el presente caso, recordar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (SSTC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; y 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1), siendo por tanto precisa esa corroboración, a través de algún elemento externo, del contenido de las declaraciones también cuando hay una pluralidad de coimputados»

(STC 198/2006, de 3 de julio. Recurso de amparo 6672/2002. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 4 de agosto de 2006).

ARTÍCULO 25

Derecho a la legalidad penal

«El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), hemos de recordar que este derecho supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios es el del respeto al tenor literal de la norma, “pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; recientemente, STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984, 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste

y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley”. Dichos criterios estarán conformados por “las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993)” y por los “modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”. Así, “no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico – una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4).

La vulneración del derecho a la legalidad penal supone que se ha sancionado a su titular a pesar de que no resultaba racionalmente sustentable la concurrencia en su conducta de uno o de varios de los elementos del tipo delictivo aplicado. Esa falta de racionalidad puede provenir de la incompatibilidad expresa de una circunstancia de la conducta con uno de los elementos típicos. Puede suceder también, y éste es ahora el caso, no que la conducta resulte incompatible con el tipo delictivo aplicado, sino que en la descripción de la misma no se contenga alguno de los elementos del delito. Resulta evidente que la seguridad jurídica, que es uno de los valores que informan el principio de legalidad penal, no se conforma con la compatibilidad de la conducta con el tipo penal, sino que, más allá, exige que la conducta penada sea una de las descritas en el mismo, para lo cual ha de reunir todos sus elementos.»

(STC 262/2006, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 7008/2003. Ponente: Doña Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 11 de octubre de 2006. En el mismo sentido, STC 328/2006, de 20 de noviembre –«BOE» de 20 de diciembre de 2006–).

«Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra “de carácter material y absoluto”, que “refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en 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» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6). En los términos de la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, la garantía esencial de *lex certa*, que es entorno a la que gira el presente proceso de amparo, impone 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, ó 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3)”.

El citado aspecto material de la legalidad sancionadora contiene, según hemos señalado con anterioridad, un doble mandato. El primero, dirigido al legislador y a la potestad reglamentaria, es el de taxatividad, “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 cono-

cer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones”. El segundo se dirige a los aplicadores del Derecho, en tanto en cuanto la citada garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene “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” (SSTC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 8). En lo tocante al canon de constitucionalidad sobre este último aspecto, y asumido que toda norma penal admite diversas interpretaciones y que la indagación de su sentido y consiguiente aplicación de las mismas corresponde a los Tribunales ordinarios *ex* artículo 117.3 CE, nuestro papel se circunscribe a la labor de verificar si la conclusión a la que se ha llegado es una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del artículo 25.1 CE, si bien sin limitarnos a contrastar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino comprobando en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica (entre muchas, SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9). Expresado en otros términos: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9).

(.../...)

El principio de legalidad penal no sólo garantiza “el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma”, sino también –como ya hemos resaltado– “la seguridad del ciudadano en cuanto la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente”, vertiente cuya posible infracción debe ser igualmente fiscalizada en amparo (FJ 5), tal como, de hecho, hemos llevado a cabo en diferentes ocasiones. Así, por ejemplo, cabe citar la reciente STC 51/2005, de 14 de marzo, donde nos hemos ocupado de una queja idéntica a la presente en relación con el delito de tenencia ilícita de armas; la STC 61/1990, de 29 de marzo, resolución de una demanda de amparo en la que se declara la nulidad de una orden ministerial por vulneración del derecho recogido en el artículo 25.1 CE; o la STC 116/1993, de 29 de marzo, en la que, ante la demanda interpuesta contra una sanción administrativa de expulsión del territorio nacional, se otorgó el amparo porque la norma aplicada “no sólo no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados por no establecer con claridad criterios para la graduación de las infracciones y las sanciones, sino que infringe directamente el artículo 25.1 CE al definir las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos que por su amplitud y vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida”, por lo que “no permite predecir con sufi-

ciente grado de certeza las conductas que constituyen la infracción merecedora de la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, requisito exigido por el artículo 25.1 CE” (FJ 3). En suma, la garantía material de *lex certa* integra asimismo el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa, por lo que el déficit de taxatividad alegado por el recurrente encuentra un cauce idóneo en el recurso de amparo.»

(STC 283/2006, de 9 de octubre. Recurso de amparo 3614/2003. Ponente. Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 16 de noviembre de 2006)

Principio non bis in idem

«En cuanto a la vulneración aducida del principio *non bis in idem*, como una de las garantías inherentes al derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), el Pleno de este Tribunal ha destacado en la STC 2/2003, de 16 de enero, apartándose expresamente de la doctrina establecida en la SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio, que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada (FJ 6). Igualmente en la citada STC 2/2003 también hemos reiterado, desde la perspectiva procesal del principio *non bis in idem*, que “la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal” (FJ 8); de tal modo que, cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.»

(STC 334/2005, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 3581/2001. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 20 de enero de 2006).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULOS 80 Y SIGUIENTES

Motivación de las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la condena

«Desde una perspectiva general, la doctrina de este Tribunal ha señalado que la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales guarda una relación directa 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, como se dispone en el artículo 117.1 y 3 CE, constituyendo también una garantía esencial para el justiciable integrada en el derecho a la tutela judicial sin indefensión contenido en el artículo 24.1 CE (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 128/2002, de 3 de junio, FJ 4; 119/2003, de 16 de junio, FJ 3). Asimismo, hemos declarado que esta exigencia constitucional y el correlativo derecho fundamental a obtener una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho 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, siendo suficiente, desde este prisma constitucional, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (por todas, SSTC 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 4; 128/2002, de 3 de junio, FJ 4; 119/2003, de 16 de junio, FJ 3; 69/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 143/2006, de 8 de mayo, FJ 4), ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión mediante 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 (STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4). En otros términos, la exigencia de una motivación adecuada y suficiente constituye una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial, en cuanto fruto de una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico reconocible, es consecuencia de su aplicación razonada y no el fruto de la arbitrariedad (STC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3).

Descendiendo desde el anterior planteamiento general a una perspectiva más concreta, hemos afirmado la existencia de un canon reforzado de motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. En este sentido, hemos considerado que resulta afectada la libertad cuando las resoluciones judiciales adoptan decisiones sobre beneficios penitenciarios, como la libertad condicional (STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4), o sobre los permisos de salida (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 3), o sobre la suspensión de la ejecución de la pena (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). Así, hemos señalado que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, ya que tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado, 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 15 de enero, FJ 2; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2).

Por lo que respecta al canon reforzado de motivación imperante en materia de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad existe ya una doctrina consolidada, que sustancialmente puede sintetizarse en dos consideraciones de signo contrario. Por un lado, en sentido negativo, se ha rechazado reiteradamente que la

simple referencia al carácter discrecional de la decisión del órgano judicial constituya motivación suficiente del ejercicio de dicha facultad, en el entendimiento de que “la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma” (SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; y 202/2004, de 15 de diciembre, FJ 3, entre otras).

Por otro lado, ya en sentido positivo, se ha especificado que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (por todas SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 4 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; y 202/2004, de 15 de diciembre, FJ 3).»

(STC 320/2006, de 15 de noviembre. Recurso de amparo 7208/2005. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 14 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 305

Fraude de ley tributaria. Requisitos del delito fiscal

«Como hemos dicho recientemente en la STC 120/2005, de 10 de mayo, FJ 4, “la utilización de la figura del fraude de ley –tributaria o de otra naturaleza– para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el artículo 25.1 CE”.

Sucede sin embargo que, a diferencia de lo que ocurrió en el supuesto de hecho que dio origen a esta Sentencia, en el que había quedado expresamente descartada por los órganos judiciales la existencia de simulación negocial u ocultación alguna por parte del recurrente dirigida a defraudar a la Administración tributaria, en el presente caso tanto la Sentencia de instancia como la dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirmaron en forma extensamente motivada la realización por los actores de una compleja trama de operaciones ficticias directamente encaminadas a eludir la obligación que tenían de tributar por el impuesto que grava las donaciones *inter vivos*. De manera que, si bien es cierto que en el cuarto de los fundamentos de Derecho de la Sentencia de instancia se produce una equiparación del comportamiento de los acusados con el constitutivo de fraude de ley, no es menos cierto que en ese mismo lugar se insiste en el carácter simulado de los negocios por ellos realizados. En cualquier caso, en la Sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se afirma taxativa y motivadamente en varias ocasiones que los hechos enjuiciados no fueron constitutivos de fraude de ley sino de simulación. No puede, en consecuencia, concluirse que los recurrentes fueron condenados por haber perpetrado un fraude de ley tributaria penalmente atípico, toda vez que quedó suficientemente acreditado en el proceso que realizaron varios negocios simulados; simulaciones éstas que no cabe confundir con un fraude de ley tributaria ya que,

como afirmamos en la STC 120/2005, de 17 de mayo, FJ 4, “mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio salta a la vista”.

Decíamos también en el quinto de los fundamentos jurídicos de la STC 120/2005 que para poder considerar cometido un delito fiscal deben concurrir, de una parte, el elemento objetivo consistente en la producción de un perjuicio para los legítimos intereses recaudatorios del Estado y, de otra parte, “el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompañan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito”.»

(STC 48/2006, de 13 de febrero. Recursos de amparo 332/2004, 388/2004 y 397/2004 (acumulados). Ponente: Don Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 16 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 379

Presunción de inocencia en el delito de conducción bajo los efectos del alcohol

«Basta destacar que el derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación únicamente de uno de los elementos del citado delito —el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas— se presumieran realizados los restantes elementos del mismo, pues el delito no se reduce, entre otras posibilidades típicas, al mero dato de que el conductor haya ingerido alcohol, dado que este supuesto delictivo no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del Juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de la conducción estaba afectada por la ingestión del alcohol.

De modo que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aun cuando resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente deberá realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en Autos que reúnan dichas garantías. Por ello hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia (SSTC 145/1985, de 28 de octubre, FJ 4; 148/1985, de 30 de octubre, FJ 4; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 3.a; 222/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 24/1992, de 14 de febrero, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 5.b; 68/2004, de 19 de abril, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3).»

(STC 319/2006, de 15 de noviembre. Recurso de amparo 6598/2004. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 14 de diciembre de 2006).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 520

Información al detenido de sus derechos y razones de su detención

«Las garantías del detenido de ser informado de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, adquieren su sentido protector ante la situación, establecida en el artículo 520.1 LECrim, en que hayan de realizarse, tras la detención preventiva de una persona y su conducción a dependencias policiales, diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos, incluida la declaración del detenido, dada la innegable importancia de dichas garantías para el ejercicio de la defensa y siendo su finalidad, como afirmamos en la citada Sentencia, y en otras anteriores a las que aquélla remite (SSTC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6), la de asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso, procurando así la norma constitucional que la situación de sujeción que la detención implica no produzca en ningún caso la indefensión del afectado.»

(STC 339/2005, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 4760/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 20 de enero de 2006).

ARTÍCULOS 714 Y 730

Reproducción en el juicio oral de diligencias sumariales

Vid. comentario al artículo 24.2 «Presunción de inocencia. Eficacia probatoria de las diligencias sumariales».

ARTÍCULO 739

Vid. comentario al artículo 24.2 «Derecho de defensa. Derecho a la última palabra».

ARTÍCULOS 847 Y SIGUIENTES

Recurso de casación

«Debemos recordar, una vez más, que, conforme a la doctrina de este Tribunal, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena declarado en el artículo

14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en la fase casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).

De hecho hemos avalado en diversas ocasiones la posibilidad de que el Tribunal Supremo pueda revisar la calificación jurídica, posibilidad que “se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida en que la misma no ha adquirido firmeza. Ello viene determinado por la configuración legal del recurso de casación; en particular por lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 902 LECrim, a cuyo tenor: Si la Sala casa la resolución objeto de recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor”» (STC 183/2005, de 4 de julio, FJ 6).

(STC 26/2006, de 30 de enero. Recursos de amparo 623/2004, 958/2004 y 1311/2004 (acumulados). Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

ARTÍCULOS 954 Y SIGUIENTES

Recurso de revisión penal

«Conviene empezar recordando, conforme a la doctrina de este Tribunal, que el recurso de revisión encaminado a la anulación de una Sentencia firme y que significa, en consecuencia, una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica, es por su propia naturaleza un recurso extraordinario, históricamente asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interpretación estricta (SSTC 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5, entre otras). 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 recursos, sino que se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que, desde nuestra perspectiva constitucional, se aproxima más a la del acceso a la jurisdicción que a la del acceso a los recursos. No es, así, una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 6).

Por otra parte, como afirma gráficamente la STC 124/1984, de 18 de diciembre, en su fundamento jurídico 6, 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 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” (en el mismo sentido, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3, y 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5). Por otra parte, debe igualmente recordarse que también es doctrina de este Tribunal que las garantías inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE alcanzan, una vez establecida esta institución, al recurso de revisión penal, con las peculiaridades que puedan derivarse de su carácter excepcional (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 3; 150/1997, de 20 de septiembre, FJ 3; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3).»

(STC 59/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 2553/2003. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 31 de marzo de 2006).

LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 23

Vid. comentario al artículo 18.1, «Derecho a la intimidad personal en el ámbito penitenciario».

ARTÍCULO 47

Requisitos para la concesión de los permisos de salida

«Aun cuando la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), al contribuir a lo que hemos denominado la “corrección y readaptación del penado” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 2), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento, de modo que su finalidad es la de preparar la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de permisos, sin embargo, como indica la STC 137/2000, de 29 de mayo (FJ 3), resumiendo la doctrina expresada, entre otras, en las SSTC 81/1997, de 22 de abril, 193/1997, de 11 de noviembre, y 204/1999, de 8 de noviembre, esa simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE, no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental. Por tanto, en la línea de lo afirmado en la citada STC 81/1997 (FJ 3), todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria, de forma que la concesión de los permisos no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, al constituir una vía fácil para eludir la custodia. Es razonable, por lo tanto, que su concesión no sea automática y que, constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos, no baste con que éstos concurren, sino que, además, no han de darse otras circunstan-

cias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados.»

(STC 23/2006, de 30 de enero. Recurso de amparo 3342/2003. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1.A)

Agotamiento de la vía judicial previa

«Nuestra jurisprudencia ha subrayado que “a efectos del agotamiento de la vía judicial sólo son exigibles los cauces procesales cuya viabilidad no ofrezca dudas interpretativas” (STC 106/2005, de 9 de mayo, FJ 2) y que “el artículo 44.1.a) LOTC únicamente impone la utilización de los recursos o instrumentos de impugnación cuya procedencia se desprenda de modo claro, terminante e inequívoco del tenor de las previsiones legales, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad” (STC 18/2002, de 28 de enero, FJ 5). Desde esta óptica, este Tribunal ha afirmado reiteradamente que los recursos, aun en el caso de que sean improcedentes, suspenden el plazo para recurrir en amparo cuando de las circunstancias se deduzca que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que induzca, mediante su expresa mención, a la interposición del recurso (SSTC 123/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 159/2002, de 16 de septiembre, FJ 2).

(.../...)

El requisito de agotamiento de la vía judicial a través de los “recursos utilizables” no se refiere únicamente a los recursos procesales en sentido estricto, sino también a aquellos otros instrumentos procesales que permitan la salvaguarda del derecho. Es decir, han de agotarse, para preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, todas las posibilidades que se ofrezcan a los recurrentes en el contexto del proceso, desde el momento en que pudieron utilizarse (SSTC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 175/2004, de 18 de octubre, FJ 2; y 106/2005, de 9 de mayo, FJ 2, entre otras).»

(STC 335/2005, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 2690/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 20 de enero de 2006).

«El examen de esta cuestión ha de partir de una reiterada y consolidada doctrina constitucional, sintetizada en la STC 111/2000, de 5 de mayo, FJ 4, según la cual “la vía judicial previa sólo puede considerarse efectivamente agotada y, en consecuencia, abierta la del proceso constitucional de amparo, cuando los recursos jurisdiccionales pertinentes y útiles se hayan interpuesto en tiempo y forma, ya que si se interponen extemporáneamente o sin cumplir los requisitos procesales exigibles, el órgano judicial llamado a resolverlos se verá privado de la posibilidad de entrar en el conocimiento y resolución de los temas de fondo, no pudiendo en tales circunstancias reparar la lesión constitucional que, en su caso, pudiera ser después susceptible

de impugnación en el proceso de amparo constitucional, lo que es contrario a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo (SSTC 9/1992, de 16 de enero, FJ 5; 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 2). De modo que el fracaso de los recursos idóneos para obtener la reparación del derecho constitucional supuestamente vulnerado equivaldría a su no utilización cuando tal fracaso sea imputable a la conducta procesal del recurrente (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 2; 92/1999, de 26 de mayo, FJ 2; AATC 114/1983, de 16 de marzo; 215/1984, de 4 de abril”).»

(STC 329/2006, de 20 de noviembre. Recurso de amparo 6954/2003. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 20 de diciembre de 2006. En el mismo sentido, STC 158/2006, de 22 de mayo —«BOE» de 22 de junio de 2006—; STC 323/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—; STC 324/2006, de 20 de noviembre —«BOE» de 20 de diciembre de 2006—; y STC 350/2006, de 11 de diciembre —«BOE» de 16 de enero de 2007—).

Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones

«Conforme la reiterada doctrina de este Tribunal, el artículo 43.2 en relación con el artículo 44.1.a), ambos LOTC, por un lado, y éste último por otro, establecen, entre otras, la exigencia de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria, requisito éste que, lejos de constituir una formalidad vacía, deriva de la necesidad de respetar la subsidiariedad del recurso de amparo, dado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.2 CE, la tutela general de los derechos y libertades corresponde, en primer lugar, a los órganos del Poder Judicial. Consecuencia de lo anterior es que, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal. Es preciso, por tanto, que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisibile (entre muchas otras, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2; 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 36/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 103/2004, de 2 de junio, FJ 2; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 5; 60/2005, de 14 de marzo, FJ 2; y 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Entre los recursos ineludibles para cumplir el requisito previsto en los citados artículos 43.2 y 44.1.a) LOTC este tribunal ha incluido el incidente de nulidad (por todas, SSTC 28/2004, de 4 de marzo, FJ 4; y 235/2005, de 26 de septiembre, FJ 2), incidente que en el momento en que fue interpuesto por los recurrentes se regulaba en el artículo 240.3 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo (en la actualidad, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se recoge en el artículo 241 LOPJ), y que constituye un remedio destinado a obtener la reparación de los defectos de forma que hubieran causado indefensión o de la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer Sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la Sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

En fin, en la misma línea de la doctrina expuesta, también hemos señalado en reiteradas ocasiones que, cuando, por su propia decisión el ciudadano ha intentado un remedio procesal o recurso contra una resolución judicial, el proceso constitucional no puede iniciarse hasta que la vía judicial, continuada a través de ese remedio o recurso, no se haya extinguido, dado que contradice el carácter subsidiario del

recurso de amparo su coexistencia temporal con otro recurso seguido en la vía judicial ordinaria (entre muchas otras, SSTC 189/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 15/2003, de 28 de enero, FJ 3; 82/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 97/2004, de 24 de mayo, FJ 3; y 13/2005, de 31 de enero, FJ 3).»

(STC 85/2006, de 27 de marzo. Recurso de amparo 2938/2001. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 4 de mayo de 2006).

ARTÍCULO 44.1.C)

Invocación judicial previa del derecho fundamental vulnerado

«La falta de invocación temprana de la eventual indefensión sufrida, exigida en el artículo 44.1.c) LOTC, impide a este Tribunal examinarla por imperativo del artículo 50.1.a) del mismo cuerpo normativo. Y es que tal requisito “no es un mero formalismo inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, de otro, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente (SSTC 11/1982, 75/1984, 46/1986, 203/1987, 182/1990, 97/1994, 29/1996 y 77/1999, entre otras muchas)” (SSTC 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 222/2001, de 5 de noviembre, y 133/2002, de 3 de junio, FJ 3).»

(STC 26/2006, de 30 de enero. Recursos de amparo 623/2004, 958/2004 y 1311/2004 (acumulados). Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 1 de marzo de 2006. En el mismo sentido, STC 313/2005, de 12 de diciembre —«BOE» de 12 de enero de 2006—; STC 30/2006, de 30 de enero —«BOE» de 1 de marzo de 2006—; STC 55/2006, de 27 de febrero —«BOE» de 31 de marzo de 2006—; y STC 265/2006, de 11 de septiembre —«BOE» de 11 de octubre de 2006—).

ARTÍCULO 46.1.B)

Legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en amparo

«La legitimación para recurrir en amparo que el artículo 162.1.b) CE atribuye al Ministerio Fiscal, y que aparece igualmente recogida en el artículo 46.1.b) LOTC, se configura, según tuvimos ocasión de señalar en la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 1, “como un *ius agendi* reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el artículo 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos”.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal ha venido admitiendo la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo no sólo en defensa de derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también para denunciar la vulneración

del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del propio Ministerio Fiscal en su condición de parte procesal en el proceso a quo (así, SSTC 148/1994, de 12 de mayo, y 256/1994, de 26 de septiembre).»

(STC 17/2006, de 30 de enero. Recurso de amparo 6707/2001. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 1 de marzo de 2006).

ARTÍCULO 49.1

Requisitos para la interposición de la demanda de amparo

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, lo determinante para el examen de la demanda de amparo no es la concreta identificación del precepto constitucional, ni tampoco la denominación o nomen iuris del derecho fundamental que se entiende lesionado, sino que la queja haya sido correctamente planteada en la demanda, resultando claramente delimitada la infracción y las razones en que se asienta la queja (SSTC 154/2001, de 2 de julio, FJ 2; 55/003, de 24 de marzo, FJ 1; 75/2003, de 23 de abril, FJ 4; 118/2003, de 16 de junio, FJ 2; 50/2004, de 30 de marzo, FJ 2, y 181/2005, de 4 de julio, FJ 1, entre otras).»

(STC 308/2005, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 463/2002. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 12 de enero de 2006. En el mismo sentido, STC 2/2006, de 16 de enero —«BOE» de 15 de febrero de 2006—)

ARTÍCULO 86.1

Pérdida de objeto del proceso de amparo

«Como hemos afirmado en la STC 13/2005, de 31 de enero, FJ 2, y en la STC 128/2006, de 24 de abril, FJ 2, “la desaparición sobrevenida del objeto del proceso, aun cuando no contemplada expresamente en el artículo 86.1 LOTC, ha sido admitida por este Tribunal como forma de terminación de los distintos procesos constitucionales (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 procedimiento 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 inició el procedimiento (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, podemos decir 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 medio de dicha vía otras pretensiones que las dirigidas al restablecimiento o la preservación de aquellos derechos (art. 41.3 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, la demanda de amparo 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)».

No obstante, como también señala la STC 128/2006, de 24 de julio, FJ 2, la pérdida de objeto, si “es debida a una reparación por parte de los propios órganos judiciales provocada por una actuación procesal de la parte simultánea o anterior a la interposición de la demanda de amparo, salvo en algunos casos específicos, lo que normalmente encubre es la existencia de una demanda de amparo prematura incurso, por ello, en un óbice procesal insubsanable que lleva a la inadmisión de la demanda por incompatible con el carácter subsidiario que es propio del recurso de amparo”.

(STC 332/2006, de 20 de noviembre. Recurso de amparo 3321/2004. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 20 de diciembre de 2006).

ARTÍCULO 87.1

Acatamiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional por los órganos judiciales

«Debemos recordar que, de conformidad con lo ordenado en los artículos 87.1 LOTC y 5.1 LOPJ, los órganos judiciales están obligados al cumplimiento de lo que el 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 ATC 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 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6).»

(STC 300/2006, de 23 de octubre. Recurso de amparo 7154/2002. Ponente. Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 28 de noviembre de 2006).

LEY 4/1985, DE 21 DE MARZO, DE EXTRADICIÓN PASIVA

Inexistencia de cosa juzgada material en las Sentencias de extradición

«Este Tribunal, en relación con las características y finalidades inherentes al procedimiento de extradición, ha manifestado de modo reiterado que la extradición pasiva o entrega de un ciudadano a otro Estado constituye un procedimiento en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición, sin que se formule pronunciamiento alguno acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, sino que se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (entre otras, SSTC 277/1997, de 16 de julio; 141/1998, de 29 de junio, FJ 3; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3). Y en lo tocante al eventual efecto de cosa juzgada de las resoluciones que resuelven la procedencia o no de la entrega con causa extradicional, hemos declarado que “en atención precisamente a la propia naturaleza del proceso extradicional”, “las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no producen el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden en determinados supuestos ser sustituidas por otras” (SSTC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5, y 156/2002, de 23 de julio, FJ 3).

(.../...)

La aplicación de la citada doctrina ha de ser modulada en atención a las circunstancias del caso concreto, pues la cuestión podría recibir diferente respuesta en función de cuál fuera la *ratio decidendi* sobre la que se hubiera fundado la denegación de la entrega del reclamado en el primer proceso extradicional cuyo efecto de cosa juzgada se discute. En este sentido, la propia formulación de la doctrina de este Tribunal en las citadas Sentencias establece la posibilidad de que puedan producirse excepciones al principio expuesto, admitiendo, a sensu contrario, que “en determinados supuestos” las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no puedan ser sustituidas por otras.

A tal efecto, hemos de precisar que en la STC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5, la alegación del recurrente referida al desconocimiento de la cosa juzgada material no tomaba como referencia las resoluciones dictadas en un procedimiento extradicional previo, que habían sido anuladas por este Tribunal, sino la propia Sentencia de este Tribunal (141/1998, de 29 de junio) que las había anulado. La *ratio decidendi* en dicho caso se asentó en que, a pesar de que en el fallo de la STC 141/1998 no se había ordenado la retroacción de actuaciones para que la Audiencia Nacional dictara una nueva resolución, sin embargo, la nulidad decretada de las resoluciones de la Audiencia Nacional había dejado imprejuzgada la cuestión relativa a la procedencia legal de la solicitud de extradición formulada, por lo que, no habiendo retirado el Estado reclamante su solicitud de entrega, resultaba necesario un nuevo pronunciamiento del órgano judicial competente para declarar la procedencia o improcedencia de la extradición.

En el mismo contexto, hemos de puntualizar también que en la STC 156/2002, de 23 de julio, este Tribunal sostuvo que los razonamientos exteriorizados en los Autos de la Audiencia Nacional recurridos no vulneraban el derecho alegado al entender que en el caso concreto no podía predicarse el efecto de cosa juzgada “porque no se había examinado en cuanto al fondo la anterior petición de extradición y el Estado reclamante había modificado la causa de pedir, esto es, el título extradicional, en el que fundó su nueva petición de extradición” (FJ 4). En primer lugar, razonamos que, a pesar de existir en las primeras resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional argumentos relativos a la condena en rebeldía del recurrente, sin embargo, dichos argumentos constituían meros *obiter dicta*, pues la *ratio* de la denegación de la extradición fue otra; de modo que los Autos denegatorios de la extradición no habían efectuado un examen de fondo sobre la demanda extradicional. En segundo lugar,

argumentamos que las resoluciones que declararon la procedencia de la extradición se fundamentaban en un título extradicional distinto al esgrimido por el Estado reclamante en la petición anteriormente resuelta.»

(STC 83/2006, de 13 de marzo. Recurso de amparo 6862/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 18 de abril de 2006).

LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 267

Recurso de aclaración

«La reiterada doctrina de este Tribunal, que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva, recogida, entre las más recientes, en las SSTC 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 3 a 7; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 89/2004, de 19 de mayo, FJ 3; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 224/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4; o 162/2006, de 22 de mayo, FJ 6.

El principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado con carácter general en el artículo 267 LOPJ un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido, siendo esta vía aclaratoria plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales.

Ahora bien, tal remedio procesal no permite alterar sus elementos esenciales, debiendo atenerse siempre el recurso de aclaración, dado su carácter excepcional, a los supuestos taxativamente previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y limitarse a la función específica reparadora para la que se ha establecido (por todas STC 112/1999, de 14 de junio, FJ 2). En la regulación del artículo 267 LOPJ coexisten dos regímenes distintos: de un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro, la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (por todas STC 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

En relación con las concretas actividades de “aclarar algún concepto oscuro” o de “suplir cualquier omisión”, que son los supuestos contemplados en el artículo 267.1 LOPJ, por definición no deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a mantenerse en el contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado. Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos, se ha considerado

como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (STC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 142/1992, de 13 de octubre, FJ 2). La corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción atente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (por todas STC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3). No puede descartarse, pues, en tales supuestos, “la operatividad de este remedio procesal aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo” (STC 19/1995, de 24 de enero, FJ 2).

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que, cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación *ex* artículo 267 LOPJ, aun variando el fallo. Cosa distinta es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, extraña una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, en cuyo caso, de llevarla a efecto, se habría producido un desbordamiento de los estrechos límites del citado precepto legal y se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas STC 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 5, 6 y 7).»

(STC 305/2006, de 23 de octubre. Recurso de amparo 6974/2003. Ponente. Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 28 de noviembre de 2006).

REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 242.i)

Derecho del interno a asesorarse durante la tramitación del expediente sancionador

«Este Tribunal ha reiterado que la Constitución garantiza a los internos contar con un asesoramiento jurídico suficiente en los procedimientos disciplinarios en

forma y grado tal que pueda ser estimado proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición, lo que determina que sea la obstaculización o impedimento injustificado por parte de la Administración de esta posibilidad lo que constituye la lesión del derecho de defensa. Igualmente, se ha señalado que esta garantía constitucional se cumple suficientemente con la posibilidad prevista en el artículo 242.2.i) del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario (en adelante, RP 1996) de que el asesoramiento sea realizado a través de letrado, funcionario o por cualquier otra persona que el interno designe, si bien en este último caso haciéndose especial incidencia en que la solicitud de asesoramiento, en cuanto supone la comunicación con una tercera persona, está inevitablemente condicionada a que resulte compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (por todas, STC 104/2003, de 2 de junio, FJ 5). Ello determina que, salvo que las decisiones de la Administración impliquen una privación real al interno de la posibilidad de articular su defensa, el establecer condicionamientos a la forma en que ha de procurarse el asesoramiento no pueden causar la vulneración del artículo 24.1 CE; y menos aún si de las opciones que el ordenamiento ofrece al interno para recibir asesoramiento, éste opta por aquellas que impiden cumplir los fines de la pena privativa de libertad o las normas de seguridad del centro (STC 27/2001, de 29 de enero, FJ 12). Esta última consideración está en relación con la exigencia, también reiterada por este Tribunal, de que para apreciar una indefensión vulneradora del artículo 24.1 CE resulta necesario que la situación en que ésta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (por todas, STC 295/2005, de 21 de noviembre, FJ 5).»

(STC 55/2006, de 27 de febrero. Recurso de amparo 3010/2002. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 31 de marzo de 2006).