FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Decimoquinta edición, revisada y puesta al día

R/143.384



tirant lo blanch
Valencia, 2004

1ª ed., enero 1976
2ª ed., octubre 1976
1ª reimp., junio 1977
2ª reimp., junio 1978
3ª ed., 3ª reimpresión de la 2ª edición con apéndices de puesta al día, junio 1979 y septiembre 1980
4ª ed., totalmente renovada y puesta al día, septiembre 1982
5ª ed., puesta al día, septiembre 1983
6ª ed., corregida y puesta al día, septiembre 1985
7ª ed., completamente renovada y puesta al día, septiembre 1988. Apéndice de puesta al día de la 7ª ed., septiembre1989
8ª ed., revisada y puesta al día, septiembre 1990. Apéndice de puesta al día de la 8ª ed., septiembre1991
9ª ed., revisada y puesta al día, septiembre 1993
10ª ed., revisada y puesta al día, septiembre 1995
11ª ed., revisada y puesta al día, septiembre 1996
12ª ed., completamente revisada y puesta al día, septiembre 1999
13ª ed., Apéndice de puesta al día, septiembre 2001
14ª ed., completamente revisada y puesta al día, septiembre 2002
15ª ed., revisada y puesta al día, septiembre 2004

Copyright ® 2004

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

© FRANCISCO MUÑOZ CONDE

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPOSITO LEGAL: V - 3732 - 2004
I.S.B.N.: 84 - 8456 - 132 - 1
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PM

PRÓLOGO A LA 15ª EDICIÓN

Las múltiples reformas del Código penal habidas desde la anterior edición, ya agotada desde hacía unos meses, y principalmente las efectuadas en el 2003, que han entrado ya o entrarán en vigor el 1 de octubre de este año, hacían necesaria una nueva edición en la que no sólo se incorporaran estas reformas, sino también la copiosa bibliografía y la jurisprudencia aparecidas en estos dos últimos años. Desgraciadamente, cuando ya la doctrina y la jurisprudencia iban consiguiendo solucionar las principales dificultades interpretativas que planteaba el Código penal en su redacción originaria de 1995, las ultimas reformas han incrementado esas dificultades hasta límites que rayan en el esperpento, cuando no en una auténtica burla de la seguridad y certeza jurídicas, que son valores fundamentales del Estado de Derecho.

Más que por un afán de eliminar los defectos más destacados del Código penal de 1995, que todavía los tiene y que son muchos, el legislador, o la mayoría parlamentaria que con sus votos decidió la aprobación de estas reformas, se ha dejado llevar por la tendencia general, que se observa en muchos otros países de nuestro ámbito cultural occidental, a la «tolerancia cero» y al «Derecho penal del enemigo». Se ha incrementado en general la dureza de la represión punitiva, aumentado por sistema la gravedad de los marcos penales asignados a cada delito y creando nuevos tipos penales, hasta unos límites que rozan la inconstitucionalidad. Se pretende así una vez más atajar por la vía penal fenómenos como el aumento de la inseguridad ciudadana, criminalizando la pobreza y la incesante inmigración ilegal, convirtiendo en delito y asignando penas de prisión a la comisión reiterada de simples faltas de hurto, como en los mejores tiempos de la dictadura franquista; o la pornografía infantil, penalizando su simple tenencia o incluso la producción o difusión de material pornográfico virtual; o el peligro de acciones terroristas, aumentando las penas de prisión hasta cuarenta años y dejando prácticamente sin efecto la libertad condicional, aunque, como se demostró con el trágico atentado del 11 de marzo de Madrid, éste ya no proviene tanto del terrorismo etarra, en el que seguramente se pensaba cuando se hicieron estas reformas, sino del integrismo islamista exacerbado por la reciente Guerra de Irak y la desdichada política exterior del anterior Gobierno en relación con este conflicto.

Pero independientemente de las razones y finalidades, principalmente políticas, que hayan llevado al legislador a hacer estas reformas, de lo que no cabe duda es de que las mismas han incrementado las dificultades interpretativas de la ya de por sí compleja y a veces contradictoria Parte Especial del Código penal de 1995 hasta límites realmente increíbles, con la creación de tipos delictivos en los que la mera preparación se castiga como el delito consumado (véase, por ej., en relación con el fraude informático, el

apartado 3 del art. 248) o, lo que es peor, con reiteraciones constantes de tipos delictivos que se superponen, lo que plantea además problemas concursales de difícil por no decir imposible solución (véanse, por ej., los preceptos relativos a las faltas habituales de lesiones que se convierten en delito y la conversión en delito del maltrato habitual en el ámbito familiar, arts. 147,1, 153 y 173,2; o la cualificación por riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas y la nueva cualificación por muerte o lesión de personas en el delito medioambiental, art. 325, apartados 1 y 2). Por no decir nada de la reintroducción del delito de proxenetismo, que castiga la explotación de la prostitución de otra persona «aun con el consentimiento de la misma» (art. 188,1), de la contradictoria formulación lingüística del delito de malos tratos a animales («con ensañamiento e injustificadamente», art. 337), de la cuestionable ampliación del blanqueo de bienes a los que tengan «su origen en un delito», suprimiendo la exigencia de que éste sea «grave» (art. 301,1) y de la más que cuestionable, tanto política como jurídicamente, criminalización de la convocatoria de referendums (art. 506 bis), que alude directamente al llamado «Plan Ibarretxe» y que fue introducida subrepticiamente al final de la anterior legislatura en una enmienda a la Ley de presupuestos.

Afortunadamente, para desenredar esta enmarañada madeja y galimatías jurídico en que se ha convertido la Parte Especial del Derecho penal español he contado, una vez más, con la valiosa ayuda de la Profesora titular Carmen López Peregrín, que no sólo ha revisado de nuevo la obra de punta a cabo, sino que ha discutido conmigo los capítulos afectados por las reforma, haciéndome observaciones y valiosas sugerencias que he tenido en cuenta y que seguramente han contribuido a dar una mayor claridad y a facilitar una mejor comprensión del texto, lo que el lector, sobre todo si es alumno o un jurista no especialmente versado en cuestiones penales, agradecerá especialmente. Vaya, pues, para ella mi agradecimiento y el reconocimiento público a su valiosa y desinteresada colaboración.

Sevilla, 2 de agosto de 2004
Francisco Muñoz Conde

A la memoria
de mi hermano José Manuel
(1939-1971)

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AJ: Actualidad Jurídica.
AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi.
AP: Actualidad Penal.
Art.: Artículo.
BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
Cc: Código civil.
CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial.
CE: Constitución española.
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
CJ: Cuadernos Jurídicos.
Coord.: Coordinador.
Cp: Código penal.
CPC: Cuadernos de Política Criminal.
DJ: Documentación Jurídica.
Ed.: Edición.
Edit.: Editor.
EDJ: Estudios de Derecho Judicial.
Ej.: Ejemplo.
EPC: Estudios Penales y Criminológicos.
JD: Jueces para la Democracia.
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO: Ley Orgánica.
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPPNA: Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea.
núm.: Número.
OIT: Organización Internacional del Trabajo.
PJ: Revista del Poder Judicial.
Propuesta de Anteproyecto: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, 1983.
Proyecto de Código penal: Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 17 enero 1980.

Proyecto 92: Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 23 septiembre 1992.

Proyecto 94: Proyecto de Ley Orgánica del Código penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 26 septiembre 1994.

RCP: Revista de Ciencias Penales.

RD: Real Decreto.

RDCir.: Revista de Derecho de la Circulación.

RDGH: Revista de Derecho y Genoma Humano.

RDP: Revista de Derecho Público.

RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología.

RDPP: Revista de Derecho Penal y Procesal.

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

REDC: Revista Española de Derecho Constitucional.

REDM: Revista Española de Derecho Militar.

REP: Revista de Estudios Penitenciarios.

REPen: Revista de Estudios Penales.

RFDUC: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

RFDUG: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

RFDUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

RGD: Revista General del Derecho.

RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RJCat.: Revista Jurídica de Cataluña.

RJN: Revista Jurídica de Navarra.

RMF: Revista del Ministerio Fiscal.

RP: Revista Penal.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

UE: Unión Europea.

ÍNDICE DE OBRAS GENERALES

A) Conforme al anterior Código penal

BAJO I, II y III:

BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I, *Delitos contra las personas*, Madrid 1986; vol. II, *Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid 1987 (hay 2ª ed. realizada en colaboración con PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Madrid 1993, por la que se cita); vol. III, *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Madrid 1989 (hay 2ª ed. realizada en colaboración con DÍAZ-MAROTO, Madrid 1993, por la que se cita).

BUSTOS:

BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona 1991.

COBOS I y II:

En COBOS GÓMEZ DE LINARES/ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ RODRÍGUEZ RAMOS, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, I y II*, Madrid 1990.

CÓDIGO:

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal comentado*, Madrid 1990 (se cita por autor).

COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN PENAL:

COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la legislación penal* (citados por autor, tomo y año).

CÓRDOBA I, II y III:

En CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, vol. I, Barcelona 1972; CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO/ CASABÓ RUIZ/ DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Barcelona 1972; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, vol. III, Barcelona 1977.

CUELLO II:
CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 14ª ed., revisada y puesta al día por Camargo Hernández, tomo II, Barcelona 1975.

DEL ROSAL/ COBO DEL ROSAL/ RODRÍGUEZ MOURULLO:
Derecho penal español (Parte Especial), Delitos contra las personas, Madrid 1962.

DÍEZ RIPOLLÉS:
En DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia 1993.

FERRER III y IV:
FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, tomos III (Murcia, 1948) y IV (Madrid, 1956).

GRACIA MARTÍN:
Véase DÍEZ RIPOLLÉS.

GROIZARD III, IV, V, VI, VII y VIII:
GROIZARD/ GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomos III (1874), IV (1891), V (1893), VI (1896), VII (1897) y VIII (1899).

HOMENAJE A ANTÓN ONECA:
Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca 1982.

HOMENAJE A BERISTAIN:
Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián 1989.

HOMENAJE A CASAS BARQUERO:
Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, Córdoba 1996.

HOMENAJE A DEL ROSAL:
Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid 1993.

HOMENAJE A FERNÁNDEZ-ALBOR:
Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989.

HOMENAJE A PÉREZ-VITORIA:
Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, dos tomos, Barcelona 1983.

HOMENAJE A RODRÍGUEZ DEVESA:
Estudios de Derecho Penal y Criminología. En homenaje al Prof. José María Rodríguez Devesa, dos tomos, Madrid 1989.

JASO II:
En ANTÓN ONECA/ RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal, tomo II, Parte Especial*, por Rodríguez Muñoz/ Jaso Roldán/ Rodríguez Devesa, Madrid 1949.

JORNADAS TIEDEMANN:
Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Univ. Autónoma Madrid 4-17 oct. 1992, Madrid 1995.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA I, II y III:
Véase COBOS, I y II; el tomo III está redactado sólo por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Madrid 1992.

MANUAL:
Manual de Derecho penal (Parte Especial), I, Madrid 1993; II, Madrid 1992; III, Madrid 1994; IV, Madrid 1994 (se cita por autor y volumen).

MONZÓN I, II, III y IV:
MONZÓN Y DE ARAGÓN, *Cincuenta años de doctrina de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, cuatro tomos, Madrid 1980.

MUÑOZ CONDE, 10ª ed.:
Derecho penal, Parte Especial, 10ª ed., Valencia 1995. Se cita esta edición para todo lo relacionado con la regulación del Código penal anterior en su última versión de junio de 1995; cuando se trata de algún problema que tenía distinta regulación en épocas anteriores se cita la edición correspondiente a dicha época, por ej., 1ª ed. (1975), 2ª ed. (1976), 3ª ed. (1979), 4ª ed. (1982), 5ª ed. (1983), 6ª (1985), 7ª ed. (1988), 8ª ed. (1990) y 9ª (1993), o los respectivos apéndices de puesta al día de 1979, 1980, 1989 y 1991.

MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN:
MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 1ª ed., Valencia 1993.

NEJ:
MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, editada por Seix, varios tomos aparecidos en diversas fechas (citada por tomo y año).

PACHECO II y III:
El Código penal concordado y comentado, 2ª ed., tomos II y III, Madrid 1856.

PUIG III y IV:
PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, 5ª ed., tomos III y IV, Barcelona 1959.

QUERALT:
QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona 1992.

QUINTANO I (1 y 2), II, III y IV:
QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomos I (2ª ed. en dos volúmenes revisada por Gimbernat Ordeig, Madrid 1972), II (2ª ed. por García Valdés, Madrid 1977), III (2ª ed. por García Valdés, Madrid 1978) y IV (coordinado por Gimbernat Ordeig, Madrid 1967).

QUINTANO, Comentarios:
QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed. puesta al día por Gimbernat Ordeig, Madrid 1966.

QUINTANO, Curso II:
QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo II, Madrid 1963.

RODRÍGUEZ DEVESA:
Derecho penal español, Parte Especial, 17ª ed., revisada y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid 1994 (hay 18ª ed. de 1995).

RODRÍGUEZ RAMOS, Compendio:
Compendio de Derecho penal, Parte Especial, 2ª ed., Madrid 1987.

VIVES/ BOIX:
En VIVES ANTÓN/ BOIX REIG/ ORTS BERENGUER/ CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Valencia 1993 (hay una edición abreviada de esta obra, coordinada por Orts Berenguer, *Compendio de Derecho penal*, Valencia 1994).

B) Conforme al Código penal de 1995

CALDERÓN:
En CALDERÓN CEREZO/ CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, tomo II, Barcelona 1999.

COMENTARIOS I:
DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coord.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, con la colaboración de LAURENZO COPELLO, Valencia 1997 (citado por autor).

COMENTARIOS II:
DÍEZ RIPOLLÉS/ ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial II, Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia 2004 (citado por autor).

COMPENDIO:
BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. I, Madrid 2003; vol. II, Madrid 1998 (se cita por autor).

CONDE-PUMPIDO, Código:
CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid 1997 (se cita por autor).

CORCOY:
CORCOY BIDASOLO (dir.), *Sistema de casos prácticos. Derecho penal, Parte Especial*, Valencia 1999.

CURSO I y II:
Curso de Derecho penal español, Parte Especial, dos vols., Madrid 1997 (se cita por autor).

GRANADOS, Acuerdos:
GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para unificación de la Jurisprudencia*, Valencia 2000.

HOMENAJE A BACIGALUPO:
Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid 2004.

HOMENAJE A BARBERO:
ARROYO ZAPATERO/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Cuenca 2001.

HOMENAJE A CASABÓ:
Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, dos vols., Valencia 1997.

HOMENAJE A CEREZO:
La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Madrid 2002.

HOMENAJE A LIDÓN:
Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón, Bilbao 2002.

HOMENAJE A PORTERO:
Los derechos humanos, Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García, Granada 2001.

HOMENAJE A RUIZ ANTÓN:
OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/ GURDIEL SIERRA/ CORTÉS BECHIARELLI (coord.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia 2004.

HOMENAJE A TIEDEMANN:
La reforma de la justicia penal (Homenaje al Prof. Tiedemann), Castellón de la Plana 1997.

HOMENAJE A TORÍO:
El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada 2000.

HOMENAJE A VALLE:
QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS (coord.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra 2001.

LAMARCA:
LAMARCA PÉREZ (coord.), *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Madrid 2001 (se cita por autor).

LANDECHO VELASCO/ MOLINA BLÁZQUEZ:
Derecho penal español, Parte Especial, 2ª ed., Madrid 1996.

LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN:
El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Madrid 1996.

MUÑOZ CONDE, 11ª ed., 12ª ed., 13ª ed. y 14ª ed.:
Derecho penal, Parte Especial, 11ª ed., revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Valencia 1996; 12ª ed., completamente revisada y puesta al día, Valencia 1999; 13ª ed., con Apéndice de puesta al día, Valencia 2001; 14ª ed., completamente revisada y puesta al día, Valencia 2002.

MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 2ª ed., 3ª ed., 4ª ed., 5ª ed. y 6ª ed.:
Derecho penal, Parte General, 2ª ed., revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Valencia 1996; 3ª ed., Valencia 1998; 4ª ed., revisada y puesta al día, Valencia 2000; 5ª ed., revisada y puesta al día, Valencia 2002; 6ª ed., revisada y puesta al día, Valencia 2004.

QUERALT, 3ª ed.:
Derecho penal español, Parte Especial, 3ª ed., Barcelona 1996.

QUINTERO, Comentarios:
QUINTERO OLIVARES (dir.), VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona 1996 (citado por autor). (Hay 2ª ed., coordinada por Morales Prats, Pamplona 2001, y 3ª ed., Pamplona 2004).

RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios:
RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), Agustín JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid 1997 (se cita por autor).

RODRÍGUEZ RAMOS:
En RODRÍGUEZ RAMOS/ COBOS GÓMEZ DE LINARES/ SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal, Parte Especial (I y II)*, Madrid 1996/1997.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Comentarios:
SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *El Código penal de 1995*, Granada 1998 (citado por autor).

SERRANO GÓMEZ:
Derecho penal, Parte Especial, 6ª ed., con la colaboración de Serrano Maíllo, Madrid 2001 (hay 8ª ed., Madrid 2003).

VIVES, Comentarios:
VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, dos vols., Valencia 1996 (se cita por autor).

VIVES, Manual:
VIVES ANTÓN/ BOIX REIG/ ORTS BERENGUER/ CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., revisada y actualizada conforme al Código penal de 1995, Valencia 1996 (esta obra constituye, en parte, un resumen de VIVES, Comentarios, por lo que sólo es citada en la medida en que haya alguna diferencia o matiz importante).

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE
DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

SECCIÓN PRIMERA
DELITOS CONTRA LOS VALORES DE LA PERSONALIDAD

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

Capítulo I: Homicidio. Asesinato 33

Capítulo II: Inducción y cooperación al suicidio. Especial consideración de la eutanasia 63

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

Capítulo III: Consideraciones generales y político-criminales. Aborto 81

DELITOS CONTRA LA SALUD Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

Capítulo IV: Lesiones. Participación en riña. Empleo de violencia contra personas vinculadas al agresor. El consentimiento del lesionado. Casos problemáticos: A) La esterilización de deficientes psíquicos; B) La exposición voluntaria a actividades peligrosas. El tratamiento médico 103

Capítulo V: Lesiones al feto. Delitos relativos a la manipulación genética 137

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Capítulo VI: Coacciones. Amenazas. Detenciones ilegales y secuestros 153

[EXCLUIDO]

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

Capítulo VII: Delitos contra la integridad moral: Atentados genéricos contra la integridad moral. Violencia habitual en el ámbito de las relaciones familiares y similares. Especial consideración de la tortura 181

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Capítulo VIII: El bien jurídico protegido en el Título VIII. Agresiones sexuales. Abusos sexuales. Acoso sexual 201

Capítulo IX: Delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes 233

DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Capítulo X: Descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración del quebrantamiento del secreto profesional. Allanamiento de morada 253

DELITOS CONTRA EL HONOR

Capítulo XI: Injuria. Calumnia. Disposiciones comunes 279

DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES

Capítulo XII: A) Delitos contra el estado civil familiar: Matrimonios ilegales. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Usurpación del estado civil 297

Capítulo XIII: B) Delitos contra los derechos y deberes familiares: Abandono de familia. Impago de prestaciones acordadas judicialmente. Abandono de menores e incapaces. Utilización de menores o incapaces para la mendicidad. Quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores al abandono de domicilio. Sustracción de menores.

Excurso: Omisión del deber de socorro y denegación y abandono de asistencia sanitaria 309

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

Capítulo XIV: Imposición y mantenimiento de condiciones ilegales de trabajo o de Seguridad Social. Tráfico ilegal de mano de obra. Migraciones fraudulentas. Discriminación laboral. Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga. Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros 341

SECCIÓN SEGUNDA
DELITOS CONTRA LOS VALORES PATRIMONIALES Y SOCIOECONÓMICOS

Capítulo XV: La rúbrica del Título XIII: necesidad de una consideración unitaria de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Relaciones con otras ramas del Derecho: remisión a otro lugar. Bien jurídico protegido: el concepto de patrimonio y su contenido. Disposiciones comunes. Clasificación 363

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Capítulo XVI: I. Delitos patrimoniales de enriquecimiento. A) De apoderamiento: Hurto. Robo. Robo con fuerza en las cosas 373

Capítulo XVII: Robo con violencia o intimidación en las personas. Extorsión 399

Capítulo XVIII: Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación 411

Capítulo XIX: B) Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones del fluido eléctrico y análogas. 421

Capítulo XX: Insolvencias punibles: la protección del derecho de crédito. Alzamiento de bienes. Delitos relativos al concurso 455

Capítulo XXI: II. Delitos patrimoniales sin enriquecimiento: Daños. Daños en cosa propia 473

DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

Capítulo XXII: Consideraciones generales sobre los delitos contra el orden socioeconómico. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Disposiciones comunes 483

Capítulo XXIII: Delitos societarios. Receptación. Blanqueo de bienes 525

SEGUNDA PARTE
DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD

SECCIÓN PRIMERA
DELITOS CONTRA LOS VALORES SOCIALES SUPRAESTATALES

DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

Capítulo XXIV: Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico 557

Capítulo XXV: La protección penal del medio ambiente: A) Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. B) Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. Disposiciones comunes al Título XVI 575

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA

Capítulo XXVI: A) Delitos de riesgo catastrófico: Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes. Estragos. Otros delitos de riesgo. B) Incendios 601

Capítulo XXVII: C) Delitos contra la salud publica. Delitos sobre materias cuya ingestión o uso produce daños en la salud. Faltas contra los intereses generales ... 633

Capítulo XXVIII: Delitos contra la salud pública (continuación). El delito de tráfico de drogas 655

Capítulo XXIX: D) Delitos contra la seguridad del tráfico 681

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

Capítulo XXX: El bien jurídico protegido en el Título XVIII. Excurso: Las llamadas «falsedades personales»: usurpación de funciones públicas e intrusismo. Falsificación de moneda. Falsificación de sellos de correos y efectos timbrados 703

Capítulo XXXI: Falsificación documental: Falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles. Falsificación de documentos privados. Falsificación de despachos transmitidos por los servicios de telecomunicación. Falsificación de certificados. Disposición general 723

SECCIÓN SEGUNDA
DELITOS CONTRA EL ESTADO

DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Capítulo XXXII: Delitos contra el Derecho de Gentes. Genocidio. Delitos de lesa humanidad. Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Disposiciones comunes. Excurso: La adaptación del Código penal al Estatuto de Roma 753

Capítulo XXXIII: Traición. Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado. Delitos relativos a la defensa nacional 777

DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN

Capítulo XXXIV: A) Rebelión. Delitos contra la Corona. Delitos contra las Instituciones del Estado. Excurso: Sobre la aplicación de la *exceptio veritatis*. Delitos contra la división de poderes 793

Capítulo XXXV: B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas: 1) Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución: Delitos de discriminación. Reuniones o manifestaciones ilícitas. Asociaciones ilícitas. Intervención en la convocatoria de referendums ilegales. 2) Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. 3) Referencia a los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria y delitos contra el deber de prestación del servicio militar 821

Capítulo XXXVI: C) Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales: Delitos contra el libre ejercicio de derechos cívicos. Obstaculización del derecho a la asistencia de abogado. Delitos contra las libertades de expresión, reunión y asociación. Expropiación ilegal. Delitos cometidos contra la libertad individual. Delitos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad. Excurso I: Ultrajes a España. Excurso II: Delitos electorales 845

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

Capítulo XXXVII: Sedición. Atentado y resistencia grave. Desobediencia y resistencia. Desórdenes públicos. Disposición común 873

Capítulo XXXVIII: Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Delitos de terrorismo 893

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Capítulo XXXIX: Prevaricación judicial. Acusación y denuncia falsas. Simulación de delito. Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional ... 917

Capítulo XL: Quebrantamiento de condena. Realización arbitraria del propio derecho. Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución. Encubrimiento. Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional 947

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Capítulo XLI: Prevaricación y otros comportamientos injustos. Infidelidad en la custodia de documentos. Violación de secretos y uso indebido de información privilegiada. Desobediencia y denegación de auxilio. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir determinados delitos. Ataques a la libertad sexual 965

Capítulo XLII: Cohecho. Malversación de caudales públicos. Fraudes y exacciones ilegales. Negociaciones prohibidas a los funcionarios. Tráfico de influencias 1001

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Capítulo XLIII: Delitos contra la Hacienda Pública. Delitos contra la Seguridad Social. Delitos de contrabando 1033

ÍNDICE DE MATERIAS 1067

PRIMERA PARTE

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

En el anterior Código penal se utilizaba la expresión «Delitos contra las personas» como rúbrica del Título VIII del Libro II en el que se recogían, únicamente, los delitos contra la vida y la integridad corporal. Sin embargo, existe hoy unanimidad en que la persona, además de ser titular de su vida e integridad física, es titular de otros valores que son también objeto de protección jurídico-penal, como, por ejemplo, el honor, la libertad, la integridad moral y el patrimonio. Por eso, a la expresión «Delitos contra las personas» debe dársele un sentido más amplio, capaz de abarcar todos los delitos que atacan valores pertenecientes al ámbito de la persona y que son objeto de protección penal.

Frente a los «Delitos contra las personas» están los «Delitos contra la sociedad», que son aquéllos que afectan a valores de los que ya no es titular la persona aisladamente considerada, sino la sociedad como hecho que se deriva de la convivencia de varias personas. Aunque en el Código penal se prescinda de esta clasificación y se proceda directamente a agrupar los delitos en función primordialmente del bien jurídico protegido común a todos ellos, de un modo implícito la diferencia entre delitos contra valores de carácter personal individual y delitos contra valores de carácter social está acogida en el orden de aparición de los delitos en los distintos Títulos que componen sus Libros II y III. En todo caso, hay que destacar que, aunque cada uno de estos grupos presenta características y peculiaridades propias que aconsejan tratarlos sistemáticamente de una forma diferenciada, la distinción persona-sociedad tiene un valor más expositivo y pedagógico que filosófico. El Derecho penal no protege a la persona aislada en cuanto tal, sino en su convivencia con las demás personas. Todo atentado contra la persona es, al mismo tiempo, un atentado contra la sociedad en la que dicha persona se integra y, por las mismas razones, todo atentado a la convivencia pacífica asegurada por un orden social

es también un atentado a la persona individual que sólo a través de la convivencia puede autorrealizarse. Por eso mismo, no siempre es fácil asignar un delito o varios delitos a uno u otro grupo, debiendo siempre tenerse en cuenta el valor relativo que tiene todo intento sistematizador de una realidad tan fragmentaria y plural como es la Parte Especial del Derecho penal, es decir, el estudio de cada uno de los delitos en particular, y que el sistema no es un fin en sí mismo, sino sólo un medio para una mejor exposición y más clara comprensión de las particularidades de cada delito en singular. Sólo con estas reservas es admisible la distinción antes indicada que será completada a lo largo de su exposición con otros criterios y subclasificaciones.

De acuerdo con lo dicho, dentro de los delitos contra las personas deben distinguirse, a su vez, dos grandes grupos: en primer lugar, el de los *delitos contra los valores de la personalidad*, inherentes a todo individuo por el hecho de vivir; y, en segundo lugar, el grupo de los *delitos contra los valores patrimoniales y socioeconómicos*, que no acompañan necesariamente al individuo y de los que puede carecer en determinados momentos de su vida. Entre los primeros incluimos los delitos contra la vida, en su doble vertiente de vida humana independiente y de vida humana dependiente, los delitos contra la salud y la integridad corporal, las lesiones al feto y los delitos relativos a la manipulación genética, los delitos contra la libertad, los delitos contra la integridad moral, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, la omisión del deber de socorro, los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, los delitos contra el honor y los delitos contra las relaciones familiares. Es decir, los delitos tipificados en los XII primeros Títulos del Libro II y las correspondientes faltas del Libro III. A ellos habrá que añadir también los delitos tipificados en el Título XV, es decir, los delitos contra los derechos de los trabajadores (que, aunque tengan una importancia socioeconómica evidente, constituyen uno de los aspectos más importantes de la persona humana) y los contenidos en el Título XV bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros). En el segundo grupo incluimos sólo los delitos tipificados en el Título XIII, es decir, los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, que inciden en una parte menos trascendental e importante de la persona y tienen ya muchas concomitancias con algunos delitos contra valores de carácter social.

SECCIÓN PRIMERA
DELITOS CONTRA LOS VALORES DE LA PERSONALIDAD

El estudio de este grupo de delitos debe comenzar por el examen de los delitos dirigidos contra la vida, que es el mayor bien de la persona y sirve de soporte y base física a todos los demás.

El bien jurídico protegido en todos los delitos contra la vida es la vida humana misma. El Derecho penal protege la vida de un modo absoluto, sin consideración a la voluntad del individuo, que no puede disponer de ella, aunque sea su titular, y que, por tanto, tampoco puede consentir válidamente para que se le prive de ella (véase *infra*: delitos de inducción y cooperación al suicidio). También se protege independientemente de la estimación que de esa vida haga la sociedad que no puede decretar, en ningún caso, el exterminio de seres que representan una carga social.

El art. 15 de la Constitución reconoce que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral». A pesar de esta tajante declaración, como se ve ya en el propio art. 15 en lo que se refiere a la abolición de la pena de muerte, la protección que el Derecho brinda a la vida no es en absoluto uniforme, tiene sus límites y también sus excepciones.

Los límites de la protección jurídica vienen marcados por la propia temporalidad de la vida humana. La vida humana, como cualquier fenómeno biológico, está sometida al inevitable proceso de nacimiento, desarrollo y muerte. No se puede proteger la vida que todavía no existe o que ya ha dejado de existir. Sin embargo, esta verdad difícilmente discutible se complica por el hecho de que la vida no es un fenómeno estático, sino dinámico, en el que es difícil, por no decir imposible, marcar con certeza científica cuándo comienza y cuándo acaba.

Existe además el hecho de que la vida, antes de alcanzar su autonomía, pasa por un proceso de formación desde el momento de la concepción hasta su independización del claustro materno. Razones no sólo científicas, filosóficas y morales, sino también y, sobre todo,

jurídicas y jurídico-penales obligan a distinguir la protección jurídica a la vida humana según haya ésta alcanzado o no la independización del claustro materno. En cada estadio la protección jurídico-penal de la vida plantea una problemática distinta. De ahí se deriva la distinción entre *delitos contra la vida humana independiente* y *delitos contra la vida humana dependiente*.

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

CAPÍTULO I

Homicidio. Asesinato

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALONSO ÁLAMO, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del art. 50 del Código penal*, La Ley 1983; BACIGALUPO ZAPATER, *Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal*, DJ 1983; BUSTOS RAMÍREZ, *Homicidio con dolo eventual o imprudente*, PJ 1988; CARDENAL MONTRAVETA, *Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿concurso de leyes o de delitos?*, ADP 1995; COBO DEL ROSAL/ CARBONELL MATEU, *El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; CUELLO CONTRERAS, *La actualización del Código penal en materia de delitos y faltas contra la vida, la integridad de las personas y su puesta en peligro*, PJ 1990; DEL ROSAL, *De la alevosía*, ADP 1968; DEL ROSAL BLASCO, *Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; ECUSOL BARRA, *Notas sobre el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal; Homicidio y lesiones por imprudencia*, La Ley 1981; ESER, *Entre la «calidad» y la «santidad» de la vida*, ADP 1984; FERNÁNDEZ ALBOR, *Homicidio y asesinato*, Madrid 1964; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966; el mismo, *El ocasionamiento de muerte que empieza como homicidio y acaba como asesinato*, ADP 1967; el mismo, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial de los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, ADP 1990 (también en JD 1990); GONZÁLEZ SOLER, *Homicidio y lesiones imprudentes en accidentes de trabajo*, en La imprudencia, CDJ 1993; HUERTA TOCILDO, *Adiós al homicidio preterintencional*, La Ley 1984; KAUFMANN, Arthur, *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, CPC 1987; LARRAURI/ VARONA, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona 1995; LÜTTGER, *Medicina y Derecho Penal*, Madrid 1984; LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la Circulación*, 2ª ed., Barcelona 1990; MAPELLI CAFFARENA, *El dolo eventual en el asesinato*, ADP 1988; MIR PUIG, *La preterintencionalidad y el art. 50 del Código Penal*, RJCat. 1974; MOYA HURTADO DE MENDOZA, *Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y a la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; MUÑOZ CONDE, *Del homicidio preterintencional*, RJCat. 1975; el mismo, *¿«Legítima» defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación*, PJ 1992; QUINTANAR DÍEZ, *Sobre las circunstancias de premeditación con-*

dicionada, embriaguez no habitual y arrepentimiento espontáneo en el delito de asesinato, CPC 1992; QUINTANO RIPOLLÉS, *Asesinato*, NEJ III, 1951; el mismo, *Homicidio*, NEJ XI, 1962; RAMOS TAPIA, *El homicidio del cónyuge (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo y 31 de octubre de 1994)*, AP 1996; REIG REIG, *Los delitos contra la vida y la integridad corporal en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, RDPC 1992; ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, Barcelona 1979; el mismo, *Responsabilidad médico-sanitaria y sida*, AP 1993; el mismo, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994; SALAS HOLGADO, *El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria*, ADP 1987; SILVA SÁNCHEZ, *Límites a la responsabilidad por imprudencia*, La Ley 1984; el mismo, *Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADP 1985; el mismo, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la no inmediatez en la producción del resultado*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; SOTO LAMADRID, *El trasplante de tejidos y órganos humanos en la legislación española*, ADP 1982; STAMPA BRAUN, *El objeto material de los delitos contra la vida*, ADP 1950; SUÁREZ MONTES, *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980*, ADP 1981; TALÓN MARTÍNEZ, *Delitos contra las personas*, RJCat. 1980; TERUEL CARRALERO, *Ensañamiento*, NEJ VII, 1958; el mismo, *Envenenamiento*, NEJ VII, 1958; TORÍO LÓPEZ, *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida*, en Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal, Bilbao 1983; UTRERA CARO, *Estudio del tratamiento jurídico del homicidio preterintencional*, La Ley 1989; VARGAS, B., *Homicidios frustrados o en tentativa con dolo eventual: el supuesto de los conductores suicidas*, PJ 1989; VARIOS, *Problemas jurídico penales del SIDA*, Mir Puig (edit.), Barcelona 1993; ZUGALDÍA ESPINAR, *La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas*, La Ley 1983.

Sobre el Código penal de 1995: ANGOITIA GOROSTIAGA, *La modificación de la normativa reglamentaria reguladora de la extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, Derecho y Salud 2000; CASTELLÓ NICÁS, *El asesinato y sus circunstancias*, CPC 1998; DEL ROSAL BLASCO, *La alevosía en el Código penal de 1995*, CGPJ-Manuales de Formación Continuada 1999; el mismo, *El homicidio y sus formas en el Código penal de 1995*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; ESCUDERO MORATALLA/ FRIGOLA VALLINA/ GANZENMÜLLER, *La muerte causada a un pariente tras el Código penal de 1995. El tradicionalmente denominado delito de parricidio*, AP 1996; el mismo, *Homicidio y asesinato*, Barcelona 1996; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza 1999; GÓMEZ RIVERO, *La imputación de resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA*, Valencia 1998; el mismo, *Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal*, RDPP 2000; GONZÁLEZ CUSSAC, *Problemas sustantivos del enjuiciamiento del homicidio por el Tribunal de Jurado*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; GRANADOS PÉREZ, *Objeto material en los delitos contra las personas*, CGPJ-Manuales de Formación Continuada 1999; JUANATEY DORADO, *El homicidio y sus formas en el Código penal de 1995*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; MAPELLI CAFFARENA, *Entre el homicidio y las lesiones*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997 (también en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995); MORALES PRATS, *Las formas agravadas de homicidio, problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; PASTOR SANTIAGO, *El asesinato*, Barcelona 2000; PÉREZ VALERO, *El problema del límite mínimo en la delimitación del objeto material en los delitos de homicidio y lesiones (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999)*, AP 1999; REQUEJO CONDE, *La legítima defensa*, Valencia 1999; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada 2004; ROXIN, *La protección de la vida humana mediante el Derecho penal*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; SANZ MORÁN, *Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida*, ADP 1995; SERRANO MAÍLLO, *Elementos de autor en el asesinato*, ICADE 1997; TASENDE CALVO, *Coautoría y cooperación en los delitos de homicidio y asesinato*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; URBANO CASTRILLO, *El homicidio y sus formas*, en Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995, Las Palmas 1997; VARIOS, *Delitos contra la vida e integridad física*, CDJ 1995; VARIOS, *Comentario a la sentencia 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo (RJ 2000, 1149)*, RDPP 2000.

En los delitos contra la vida humana independiente se tutela la vida desde el *nacimiento* hasta la *muerte*.

a) El momento en que comienza la vida humana independiente es discutido. En ninguno de los tipos legales existentes relativos a los delitos contra la vida humana independiente (homicidio, asesinato, inducción o cooperación al suicidio) se ofrecen datos suficientes para resolver este problema, pues sólo se refieren a la muerte de «otro», dejándose, por tanto, al intérprete un amplio campo para determinar el alcance de este término. Para unos, la vida humana independiente comienza ya en el momento del parto. Otros exigen la respiración autónoma del recién nacido, o su «percepción visual» por parte de terceros, y, finalmente, otros requieren la total separación del claustro materno.

Realmente, no estamos aquí ante un problema científico que se pueda resolver con criterios puramente biológicos, sino ante un problema jurídico que hay que resolver con criterios puramente jurídicos a partir de los datos biológicos. De lo que se trata es de dispensar a la vida humana la protección del Derecho penal de forma coherente, evitando lagunas de punibilidad que pudieran surgir de la propia dificultad inherente a la distinción entre vida humana independiente y

vida humana dependiente. Desde el punto de vista del Derecho penal vigente en España, la vida humana independiente y, con ella, su destrucción como «homicidio» en el sentido en que se emplea este término en la rúbrica del Capítulo I del Título I, comienza desde el momento del nacimiento, entendiendo por tal la total expulsión del claustro materno, que es el único criterio que permite distinguir con claridad uno y otro momento de la vida humana, siendo indiferente que tras esta expulsión se produzca el corte del cordón umbilical, o que en el caso de parto por «cesárea» la expulsión se produzca por extracción del vientre materno, o que, para probar que el nacido ha nacido vivo, se exija a veces, como hizo la STS de 20 de mayo de 1975, la respiración pulmonar autónoma del recién nacido (cfr. MUÑOZ CONDE, 11ª ed., pp. 28 ss.). Lo importante es destacar que en tanto no se produzca el nacimiento, momento a partir del cual se entiende comienza la vida independiente, cualquier actuación delictiva contra la vida dependiente tiene que ser calificada como aborto o, todo lo más, como lesiones al feto.

> Especiales dificultades plantean los casos de muerte del ya nacido a consecuencia de maniobras, generalmente imprudentes, del médico durante el parto o en cualquier momento anterior al nacimiento. Aunque el aborto por imprudencia es punible conforme al art. 146, el hecho de que la muerte se haya producido tras el nacimiento impide exigir una responsabilidad penal por este delito; pero tampoco es posible exigirla por el delito de homicidio, ya que la acción se realiza cuando la vida aún no se había independizado. Este caso, igual que el que surge cuando se constatan lesiones en el ya nacido, producidas como consecuencia de algún acto, generalmente de imprudencia médica (exposición radiológica del feto, efectos secundarios de medicamentos, etc.), realizado durante el embarazo, sólo puede ser castigado por el delito de lesiones al feto ahora especialmente tipificado en el Título IV. Y si las lesiones o muerte se deben a manipulación genética anterior al momento de anidación del óvulo fecundado en el útero materno, será aplicable alguno de los delitos especialmente tipificados en el Título V (véase *infra* capítulo V; sobre la situación en el Código penal anterior véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 25).

Una vez comprobado que el ser humano ha nacido en el sentido antes señalado, es necesario constatar también que ha nacido vivo, lo que, a veces, plantea problemas probatorios importantes para determinar si la muerte se produjo o no antes del nacimiento. Una vez que ha nacido vivo no es necesario, en cambio, que sea viable, es decir, que tenga aptitud para seguir viviendo. Y, desde luego, tampoco es necesario para la protección jurídico-penal que el nacido tenga figura humana y haya vivido las veinticuatro horas completamente separado del claustro materno que el art. 30 del Código civil exige para otros efectos completamente ajenos a los penales.

b) La protección de la vida humana termina con la muerte real de la persona. El art. 10 del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, de acuerdo con los últimos avances médicos, admite como diagnóstico de la muerte tanto «la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias» (*muerte por parada cardiorrespiratoria*), como «el cese irreversible de las funciones encefálicas» (*muerte encefálica*), diferenciando solamente los requisitos necesarios para la confirmación de una u otra (véanse art. 10,3 y 4 y Anexo I del citado RD). De todos modos, debe tenerse en cuenta que estos criterios se establecen a efectos de poder realizar el trasplante de un órgano vital (corazón, hígado, pulmón) del ya declarado muerto a una persona viva, exigiéndose además que el médico (muerte por parada cardiorrespiratoria) o los tres médicos (muerte encefálica) que certifiquen la muerte sean distintos de los que vayan a proceder a la obtención del órgano o a efectuar su trasplante. Lo normal es que, fuera de estos casos, la certificación de un médico, que para ello se basa en los conocimientos médicos generales, sea suficiente para dar por muerta a una persona (cfr. ROMEO CASABONA, 2004, pp. 18 ss).

HOMICIDIO

La palabra «homicidio» se emplea en el Código penal en un sentido amplio equivalente a la muerte de un hombre por otro, comprendiendo todas sus modalidades y variantes. Sirve así para designar el Título I en el que se recogen los delitos contra la vida humana independiente, de ahí que en la rúbrica se hable «Del homicidio y sus formas». Pero como inmediatamente veremos, esto no quiere decir que todos los delitos tipificados en este Título no sean más que derivaciones de un tipo básico de homicidio (art. 138), carentes de autonomía propia. Desde luego, no tiene este carácter la inducción y cooperación al suicidio (art. 143), que presenta tales peculiaridades tanto en su configuración típica, como en el marco penal, que, a pesar de la equívoca redacción de la rúbrica del Título, debe tratarse como un delito autónomo. Pero tampoco el asesinato (arts. 139 y 140) es una mera cualificación del homicidio, aunque tenga con él un estrecho parentesco. De las razones de su autonomía nos ocuparemos más adelante (véase *infra* en este mismo capítulo y capítulo siguiente); pero ahora nos referimos sólo al homicidio en sentido estricto, tanto

a su modalidad de comisión dolosa regulada en el art. 138: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años», como al correspondiente tipo imprudente del art. 142 en la configuración básica que le da su párrafo 1: «El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años».

El delito de homicidio tipificado en el art. 138 es no sólo el punto de referencia de todos los delitos contra la vida humana independiente, sino el modelo utilizado para la construcción de una buena parte de las teorías del Derecho penal. Sobre la base de este delito se ha desarrollado, por ej., prácticamente toda la Teoría General del Delito (causalidad e imputación objetiva, dolo e imprudencia, preterintencionalidad, legítima defensa, etc.), constituyendo cada uno de sus apartados un problema dogmático de primera magnitud. Aquí nos limitaremos, sin embargo, a resaltar aquellos aspectos que presentan particularidades específicas, remitiéndonos para las cuestiones generales a las obras de Parte General (para más detalles sobre la concepción de la Teoría del Delito de la que aquí se parte, véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 6ª ed., pp. 197 ss.).

Tipo objetivo

El *objeto material* sobre el que recae directamente la acción y el sujeto pasivo en el delito de homicidio, y en todos los delitos de este grupo, es el hombre vivo físicamente considerado, mientras que el *bien jurídico protegido* es la vida humana como valor ideal.

Sujetos, activo y pasivo, pueden serlo cualquier persona, sin más limitaciones que las que provienen del concurso de leyes. Así, si el sujeto pasivo es el Jefe del Estado o algunas personas ligadas a él, el delito aplicable es el previsto en el art. 485; si se trata del Jefe de un Estado extranjero o persona especialmente protegida, el art. 605; si la muerte de alguien se produce como consecuencia de un delito de genocidio, el art. 607; y si es como consecuencia de un delito de terrorismo, el art. 572.

La *acción* consiste en matar a otra persona. Caben las más diversas modalidades y medios, siempre que no se empleen los previstos en el art. 139, ya que entonces existirá un delito de asesinato. Es posible la *comisión por omisión,* siempre que el sujeto activo tenga una posición de garante —respecto del sujeto pasivo— fundada en un deber legal o contractual, o en la creación de un riesgo para la vida mediante una acción u omisión precedente, que son las fuentes de la posición de garante, es decir, del deber de evitar el resultado, que reconoce expresamente el art. 11. La ley o el contrato (asunción de deberes) determinan en cada caso quién es la persona jurídicamente obligada a actuar para impedir la muerte de alguien. La relación parental, sobre todo la derivada del parentesco consanguíneo o matrimonial, puede ser fuente suficiente para admitir la comisión por omisión de estos delitos; pero precisamente la referencia a la ley, fuente de la posición de garante en estos casos, dificulta extender la responsabilidad en comisión por omisión a los casos de relación de convivencia de hecho no sancionada jurídicamente, que habrá que fundamentar, si se dan sus presupuestos, sobre la base de otras fuentes, o indirectamente, en los casos de parejas de hecho, basándose en los preceptos que dentro del Código penal equiparan al cónyuge a la persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (cfr. art. 23). La posición de garante también puede fundamentarse en la prestación de servicios, asumida libremente, a personas desvalidas, ancianos, niños, enfermos, etc., cuando se encuentran en situaciones de peligro para la vida o la integridad física. También cabe por supuesto la creación de una situación de peligro para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, la llamada idea de la injerencia (cfr. sin embargo art. 195,3, e *infra* capítulo XIII. Sobre la comisión por omisión en la cooperación al suicidio cfr. *infra,* capítulo II).

El *resultado* es la muerte efectiva de otra persona. Entre la acción de matar y el resultado muerte debe mediar una *relación de causalidad.*

En muchos casos ni siquiera surgen cuestiones sobre la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Así, por ej., A dispara tres tiros a B, que se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza y muriendo B casi instantáneamente a consecuencia de dichas heridas. En este caso, la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado y su relación directa no dejan lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y el resultado.

Sin embargo, no todas las situaciones son tan sencillas de resolver. Las distintas teorías causales se esfuerzan por resolver diversos grupos de casos en los que la afirmación o negación de una relación de causalidad parece una cuestión bastante dudosa.

Especialmente problemáticos son los casos en los que se produce la muerte a consecuencia de unas lesiones que, en principio, no hubieran bastado por sí solas para causarla: el lesionado, al caer, se golpea en la nuca con el pico de una mesa; fallece en un accidente de automóvil al ser transportado al hospital o como consecuencia de una infección sobrevenida o de incorrecto tratamiento médico, etc.

Para resolver estos casos, el Tribunal Supremo desarrolló a mediados de los años sesenta del siglo pasado la *teoría de la consecuencia natural* (STS

30 marzo 1973). Esta teoría no era más que un expediente práctico para resolver los problemas más complejos que se presentan en relación con el homicidio en la Administración de Justicia penal ordinaria, pero adolecía de una gran ambigüedad teórica y llegaba a resultados poco convincentes.

En realidad, el problema causal se ha exagerado como consecuencia de la vinculación que, antiguamente, por la vigencia de la responsabilidad objetiva, se producía entre afirmación de la causalidad y de la misma culpabilidad o responsabilidad penal. Pero actualmente, tras la introducción en el Código penal de un modo general del principio de culpabilidad (arts. 5 y 10), carece de la importancia que antes se le atribuía, pues ya en el ámbito de lo típico sólo podrán imputarse aquellos resultados delictivos que, *al menos*, se hubieren causado por imprudencia. Los casos más conflictivos, una vez resueltos los problemas de la causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben abordarse con las teorías de la *imputación objetiva*, es decir, con una teoría que permita delimitar entre todas las causas del resultado aquélla (o aquéllas) que, por lo menos, sea relevante como presupuesto de la forma de imputación subjetiva imprudente, límite mínimo que, conforme al art. 5, es necesario para poder imponer una pena (véase *infra*: homicidio por imprudencia). Si no se llega siquiera a este estadio mínimo de imputación, habrá *caso fortuito* y la muerte como tal será irrelevante penalmente, por más que haya sido causada por alguna actividad humana.

Interesante es, sin embargo, resolver en el plano causal, aunque normativizado jurídicamente, algunas cuestiones que pueden darse tanto en el delito doloso, como en el imprudente: así, por ej., un *amplio lapso de tiempo* entre la realización de la conducta y la producción de la muerte (el herido queda en coma profundo durante años, o gravemente enfermo muriendo años más tarde a consecuencia de esa enfermedad). Aunque en la solución del problema causal no tiene por qué tenerse en cuenta como factor determinante el tiempo, lo cierto es que *de hecho* el factor tiempo es decisivo para la calificación definitiva de la acción (como homicidio doloso intentado, o como lesiones imprudentes), ya que en el momento de juzgarla, sólo puede tenerse en cuenta lo que ha ocurrido hasta entonces, no lo que pueda o vaya a ocurrir. Y tampoco se puede dejar abierto el proceso eternamente. La única solución, la de reabrir el proceso por el nuevo hecho acaecido (la muerte) y valorarlo en relación con lo ya juzgado, tropieza con razones de seguridad jurídica y obstáculos de tipo procesal como la excepción de cosa juzgada. En los casos en que no se ha exigido todavía ninguna responsabilidad penal, la prescripción del homicidio sólo comenzaría a computarse a partir de la consumación (véase *infra* capítulo XXI: daños; y Silva Sánchez, 1989, pp. 681 ss.). El problema se está planteando también en relación con el contagio del SIDA, que, siendo una enfermedad mortal, no conduce necesariamente a la muerte o, por lo menos, no a corto plazo. La doctrina dominante se inclina por admitir sólo la calificación de lesión grave, que es lo que normalmente existirá en el momento del juicio, aunque no debe excluirse de un modo absoluto la posibilidad de valorar la muerte si en el momento del juicio ésta se ha producido ya y es consecuencia del contagio producido dolosa o imprudentemente por alguien (véase Luzón Peña y la Propuesta de un precepto contra la transmisión del SIDA en Varios, 1993, pp. 11 ss. y 175 ss.; así como Gómez Rivero, 1998).

Tipo subjetivo

El tipo subjetivo en el homicidio plantea difíciles problemas que constituyen cuestiones centrales de la Teoría General del Delito. En la práctica el problema se plantea, sin embargo, casi siempre más como una cuestión de prueba, hasta el punto de que son las dificultades probatorias, más que las teóricas propiamente dichas, las que condicionan la apreciación de unas categorías teóricas que, aunque complejas, hace tiempo que están perfiladas en la Dogmática jurídico-penal. Sucede esto, por ej., con la apreciación del dolo eventual, verdadera «zona de nadie» entre el dolo directo y la imprudencia, que unas veces se incluye en el tipo subjetivo del asesinato (véase *infra*) y otras se degrada a la calificación de homicidio por imprudencia, sin que pueda decirse *a priori* cómo van a ser calificados supuestos como la muerte de varias personas en el incendio de una casa habitada (STS 29 abril 1975), en el atentado terrorista (caso Hipercor) o de un detenido o preso a consecuencia de malos tratos o torturas. Esto determina también «veredictos sorprendentes» en los Juicios por Jurado en los que se plantean estas cuestiones (véase Informe del Consejo General del Poder Judicial, 5 mayo 1999, Anexo I, p. 40, y González Cussac, p. 1365).

El tipo subjetivo específico del delito de homicidio previsto en el art. 138 es el doloso, tipificándose el homicidio imprudente en los arts. 142 (delito) y 621,2 (falta). El llamado homicidio preterintencional no es más que un subcaso del homicidio imprudente, al que por su especial importancia dedicamos un epígrafe independiente.

a) El *dolo* exige el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, saber que se mata a otra persona y querer hacerlo. Basta con el dolo eventual, o sea que es suficiente con que el autor haya previsto la muerte de otra persona como una consecuencia probable de su acción y a pesar de ello haya actuado. Es irrelevante el error en la persona: igualmente será castigado quien creyendo matar a B mata por equivocación a C. Pero si el tal C es una de las personas comprendidas en los arts. 485 ó 605 (Jefe de Estado, Heredero de la Corona, Jefe de Estado extranjero, etc.), el delito objetivamente cometido no es ya un homicidio, sino uno de los

previstos en dichos artículos. En este caso, sin embargo, serán de aplicación las reglas generales del error, no pudiendo apreciarse la cualificación basada en una circunstancia personal desconocida por el autor del homicidio (cfr. art. 14,2). Por el contrario, el error en el golpe (*aberratio ictus*) es siempre relevante. Si A dispara contra B, pero por su mala puntería alcanza a C, habrá que castigar a A por tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio o unas lesiones imprudentes. El mismo tratamiento técnico que de la *aberratio ictus* podría hacerse del llamado *dolus generalis*: el sujeto, tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha matado, la tira por un precipicio para ocultar su delito, siendo entonces cuando la víctima, que sólo estaba desvanecida, muere despeñada. Sin embargo, parece en este caso más justo apreciar un solo delito consumado, pues, en definitiva, existe dolo de matar y la muerte se produce, de un modo u otro, y a diferencia de lo que sucede en la *aberratio ictus* no se pone en peligro ni se lesiona a otra persona. Pero sobre todo porque con la aplicación de las reglas del concurso se podría castigar más levemente que apreciando un solo delito. La figura del *dolus generalis* no es aplicable si, desde el principio, no hubo dolo de matar, sino imprudencia, y la muerte se produjo al querer encubrir las consecuencias del acto imprudente (STS 14 noviembre 1980).

b) La *imprudencia* en el homicidio, como en los demás delitos, constituye el límite mínimo para la imputación del resultado delictivo. Como es sabido, para que se dé esta forma de imputación del delito es precisa la realización de una acción *sin la diligencia debida,* lesionando, por tanto, el deber —tanto objetivo como subjetivo— de cuidado que es necesario tener en cuenta en la ejecución de acciones, delictivas o no, que previsiblemente pueden producir la muerte de alguien. La *previsibilidad,* objetiva y subjetiva, de la muerte constituye, en consecuencia, también un elemento conceptual del homicidio imprudente. Junto a estos dos elementos, falta de diligencia debida y previsibilidad, es necesaria la *producción del resultado muerte* en conexión causal con la acción imprudentemente realizada.

Generalmente, bastará la presencia de estos tres elementos para imputar el homicidio imprudente a través de los preceptos que en el Código penal regulan esta forma de imputación subjetiva del homicidio (arts. 142 y 621,2), teniendo en cuenta que habrá tantos delitos de homicidio como resultados de muerte se hayan producido, aunque los plurales resultados se deriven de una sola acción imprudente. De acuerdo con el art. 142, el homicidio imprudente siempre será delito cuando

se causare «por imprudencia grave». Si se trata de imprudencia profesional se impone, además de la pena de prisión de uno a cuatro años, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años. Si el homicidio imprudente fuere cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá además la pena de privación del correspondiente derecho de uno a seis años. Esta pena es también aplicable, aunque en menor extensión, cuando el homicidio se causare por «imprudencia leve», pero en este caso sólo se dará la falta prevista en el art. 621, castigada con pena de multa de uno a dos meses, cuya persecución penal queda supeditada a la denuncia del representante legal de la víctima. Todo ello, claro está, sin perjuicio de lo que pueda acordarse como indemnización para los herederos de la víctima por la vía de la responsabilidad civil que, pudiendo exigirse en un procedimiento civil independiente, en nuestro Derecho procesal también se puede reclamar conjuntamente con la penal, lo que no raras veces determina que el proceso penal se utilice indebidamente para satisfacer estas pretensiones civiles.

La complejidad del tráfico automovilístico, sector donde estadísticamente se producen más homicidios imprudentes, y de otras actividades profesionales peligrosas (por ej., actividad médico-quirúrgica, cfr. *infra* capítulo IV) ha obligado a desarrollar una serie de criterios que sirven para solucionar satisfactoriamente una serie de casos en los que la simple conexión causal entre la acción imprudente y el resultado de muerte no es suficiente para la *imputación objetiva* de éste a aquélla. Como ya antes decíamos en relación con el problema causal, la importancia de éste como un problema autónomo se ha exagerado, pues lo que realmente importa es si se puede imputar objetivamente el resultado a una acción como base mínima para luego exigir una responsabilidad a título de imprudencia (o, en su caso, de dolo).

La *teoría de la imputación objetiva* ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, constituyendo hoy uno de los pilares básicos de la dogmática jurídico-penal (véanse, por ej. las SSTS 20 mayo 1981 y 27 enero 1984, comentadas por LUZÓN PEÑA. Sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, pp. 32 ss.). Tres son los criterios básicos utilizados por esta teoría para solventar problemas de imputación de un resultado a una acción imprudente:

1º) El *incremento del riesgo no permitido* sirve para resolver los llamados «procesos causales hipotéticos». Si, por ej., alguien conduciendo a más velocidad de la permitida atropella a un suicida o a un niño que cruza corriendo alocadamente la calzada, el resultado no le será imputable a título de imprudencia si no se demuestra que con su acción incrementó sensiblemente el riesgo de producción del accidente.

2º) El *riesgo implícito en la acción imprudente debe realizarse en el resultado,* de modo que éste se produzca como consecuencia directa de ese riesgo y no por causas ajenas a la acción peligrosa misma. Este criterio sirve

para resolver los llamados «procesos causales irregulares», negando, por ej., la imputación a título de imprudencia de la muerte cuando el herido fallece a consecuencia de otro accidente cuando es transportado al hospital o por imprudencia de un tercero, mal tratamiento médico, etc. (véanse STS 27 enero 1984 y comentarios de LUZÓN PEÑA, pp. 81 ss. y SILVA SÁNCHEZ, 1984).

3º) El resultado debe producirse dentro del *ámbito de protección de la norma*, es decir, dentro del ámbito o actividad que regula la norma infringida por la acción imprudente. Así, por ej., por más que se pueda conectar causalmente con la acción imprudente la muerte de la madre del peatón que fallece de infarto al conocer la noticia del atropello del hijo, el criterio del fin o ámbito de protección de la norma vedaría tal posibilidad, pues la norma del Código de la circulación concretamente infringida por el conductor imprudente está para proteger la vida de las personas que en un momento determinado participan o están en inmediata relación con el tráfico automovilístico (pasajeros, peatones), no para proteger la vida de sus allegados o parientes que a lo mejor se encuentran lejos del lugar del accidente. Igualmente se puede utilizar este criterio para excluir la imputación objetiva de la muerte de un sujeto que se ha expuesto voluntariamente a un peligro, cuando la muerte se produce como consecuencia y dentro del grado de peligro aceptado (copiloto, participante en un deporte peligroso, etc.).

Los casos en los que el resultado se produce porque la propia víctima se pone en peligro al verse constreñida a ello para evitar un delito grave (por ej., arrojándose de un vehículo en marcha para huir de una violación o un robo) deben imputarse a quien injustamente creó esa situación, salvo que la reacción de la víctima sea absolutamente desproporcionada o innecesaria (véanse, por ej., SSTS 8 noviembre 1991, 20 diciembre 1996, 26 febrero 2000, y los comentarios a esta última de diversos autores en RDPP 2000. Sobre la exposición voluntaria a actividades peligrosas, véase *infra*, capítulo IV).

El problema del llamado homicidio preterintencional

Se da esta figura cuando a consecuencia de unas lesiones dolosas, causadas sin intención de matar, se produce la muerte del agredido y ésta es imputable a título de imprudencia.

En el Código penal no se da ninguna regla especial para la solución de este problema, entendiéndose, por tanto, que el *llamado homicidio preterintencional* debe ser resuelto con ayuda de los principios generales de imputación objetiva y subjetiva. Es decir, una vez afirmada la imputación objetiva (algo que muchas veces es en estos casos bastante discutible, cfr. *supra*: tipo objetivo), procederá examinar si el resultado muerte producido era consecuencia de un comportamiento imprudente. Si se responde afirmativamente a esta cuestión, habrá que imputar el resultado muerte a título de imprudencia (*homicidio por imprudencia*) en concurso (ideal) con el delito (o falta) doloso que constituya el hecho inicial de lesiones (en este sentido se pronunció ya la jurisprudencia a partir de la STS 30 marzo 1973, comentada por MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 884 ss.; cfr. también SSTS 14 noviembre 1980, 28 marzo 1984, comentada por HUERTA TOCILDO; MIR PUIG, pp. 57 ss. Sobre la situación en el Código penal anterior, cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 32 ss.).

Esta solución, que teóricamente no presenta ningún problema, plantea algunas dificultades prácticas, ya que cuando la muerte se produce, el hecho inicial de lesiones desaparece y es difícilmente calificable lo que realmente hubiera pasado caso de no haberse producido la muerte. En algunos casos de lesión perfectamente comprobada (mutilación de un órgano), no habrá ninguna dificultad en admitir el correspondiente concurso ideal entre esta lesión consumada y el respectivo delito de homicidio por imprudencia, sobre todo si además ha habido un lapso de tiempo que permita claramente diferenciar un resultado de otro. Más dificultades habrá cuando entre las lesiones y el homicidio no exista, o no exista apenas, un lapso de tiempo o cuando no esté muy claro el tipo de lesiones que el sujeto quería producir. En estos casos, habrá que establecer en el correspondiente informe pericial de autopsia el tipo de lesiones y, por tanto, la gravedad hipotética de las mismas, caso de no haberse producido la muerte, para sobre la base de este *diagnóstico hipotético* calificar las lesiones iniciales, consumadas o intentadas, que deben entrar en concurso con el homicidio imprudente (véase STS 15 octubre 1990: como consecuencia de las quemaduras producidas en la cara y tórax de la víctima —lesiones dolosas graves— se produce la muerte de la misma —homicidio por imprudencia—). De no ser ello posible, bien porque las lesiones en sí mismas sean de escasa consideración (simple puñetazo o malos tratos), bien porque no pueda determinarse su gravedad autónomamente, habrá que estimar sólo el homicidio imprudente (cfr. STS 10 noviembre 1998. De esta opinión también la doctrina dominante).

Aunque ésta sea la tesis dogmáticamente correcta, conviene hacer alguna matización político-criminal al tratamiento del llamado homicidio preterintencional. La especial relación existente entre los bienes jurídicos del delito de lesiones (integridad física y salud) y del delito de homicidio (vida), susceptibles de ser agredidos con el mismo tipo de acción (lesión, herida, golpe), hace que lo que es fácil de delimitar en el plano teórico (intención de lesionar-intención de matar), ya no lo sea tanto en la práctica, donde además el desvalor que supone la lesión queda normalmente absorbido por el desvalor del resultado muerte. En cualquier caso, no puede valorarse igual la muerte producida a consecuencia de un acto imprudente (por ej., en accidente de tráfico), que la muerte que se deriva de unas lesiones producidas

con ánimo de lesionar aunque no de matar. La tesis del concurso (ideal) resuelve este último caso de un modo correcto teniendo en cuenta tanto el desvalor lesión dolosa inicial, como el desvalor muerte producida imprudentemente (imponiendo, por tanto, la pena del delito más grave en su mitad superior o cumulativamente las penas de los dos delitos por separado. Cfr. art. 77). Sólo que no siempre es posible determinar la pena de las lesiones iniciales que no llegaron siquiera a producirse cuando el resultado muerte fue consecuencia inmediata de la acción lesiva inicial.

La STS de 16 de noviembre de 1987 alude, por eso, a un juicio de pronóstico sobre cuya base se debe calcular la gravedad de las lesiones. De todos modos, en ningún caso puede hablarse, como se hace en otras sentencias, de *concurso real*, pues, como indica SILVA SÁNCHEZ en comentario a la STS de 9 de febrero de 1984 (1985, p. 202, nota 29), no existe aquí la pluralidad de hechos característica del concurso real, sino *un solo hecho*.

Causas de justificación

Entre las causas de justificación tienen especial importancia en el homicidio la legítima defensa y el cumplimiento de un deber, oficio o cargo.

El consentimiento de la víctima no tiene efecto justificante alguno, pero su presencia determina la calificación sobre la base del art. 143 (cfr. *infra* capítulo II). Especialmente interesante es el problema del empleo de la violencia por parte de la autoridad o sus agentes cuando ésta produce la muerte de algún ciudadano. La gravedad de este hecho ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar unos límites con la idea de evitar todo exceso o desviación de poder. Estos límites son, en principio, la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho. Aunque algún sector doctrinal y jurisprudencial entiende que también es necesaria la agresión ilegítima, manteniendo una casi identidad con la legítima defensa, generalmente se considera hoy que no es necesario este requisito para justificar el ejercicio de la violencia por la autoridad. Pero, en todo caso, las acciones violentas de la autoridad tienen que ser necesarias para restablecer el orden perturbado y sólo estarán justificadas *en la medida en que sean necesarias*. Falta la necesidad de la violencia cuando no es preciso acudir a ella para restablecer el orden porque, por ejemplo, la sola presencia de la autoridad ya es suficiente para ello. Finalmente la violencia debe ser *proporcionada* al hecho que la motivó. Reprimir desproporcionadamente un hecho no es sólo un acto de barbarie, es también un acto cruel, innecesario y perjudicial para una convivencia pacífica. Así lo ha estimado muchas veces la jurisprudencia (véanse, por ej., SSTS 2

abril 1960, 9 marzo 1963, 9 mayo 1969 y 8 marzo 1974) cuando la violencia empleada por la autoridad no fue proporcional a la gravedad de los hechos reprimidos. El principio de ponderación está, por tanto, por encima de cualquier reglamentación de la actividad policial, como la famosa «cartilla de la Guardia Civil», a la que no puede atribuirse, desde luego, ninguna significación decisiva ni derogadora del Código penal (en este sentido, CÓRDOBA I, p. 373. Cfr. también STS 16 mayo 1983: «Caso Almería» y comentario de ZUGALDÍA ESPINAR). Los casos de error sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites del derecho a usar la violencia deben tratarse conforme al art. 14,3 (error de prohibición), aunque, al igual que en las demás causas de justificación, la apreciación errónea de los presupuestos del uso de armas dentro de los límites del riesgo permitido y de lo que dadas las circunstancias se puede entender como razonable, debe considerarse que entra dentro del ámbito de la causa de justificación (véanse MUÑOZ CONDE, 1992; y REQUEJO CONDE).

Según el art. 5,2,d de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, «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»).

Tentativa y actos preparatorios

Respecto a este tema se plantean en el homicidio fundamentalmente dos problemas: la delimitación entre actos preparatorios impunes y tentativa punible y la delimitación entre tentativa de homicidio y delito consumado de lesiones.

En orden a la delimitación entre acto preparatorio impune y tentativa punible se tiende a ampliar, por razones político-criminales, el ámbito de la punibilidad de la tentativa a casos que no son propiamente ejecutivos y no constituyen, por tanto, tentativa punible. Así, por ejemplo, la STS de 13 de julio de 1886 consideró tentativa (de asesinato) que «los procesados, después de concertarse entre sí y de pagar a otro parte de la cantidad convenida por la muerte de un tercero, acechan a éste durante varios días, le buscan en lugar determinado para cometer el crimen y no lo llevan a cabo por haber visto gente en

los alrededores». Sin embargo, la STS de 8 de enero de 1900 consideró que no había tentativa de homicidio en el hecho de buscar a una persona para matarla. Otros casos más dudosos en torno al homicidio son el apuntar con el arma de fuego, el cargarla, el sacarla de la funda, etc. De acuerdo con la teoría dominante en la delimitación entre acto preparatorio y acto de tentativa hay que atender al plan del autor y a la descripción de la acción en el tipo legal. Pero, a mi juicio, lo decisivo debe ser siempre este segundo elemento por imperativo del principio de legalidad. Por eso, aunque algunos de los casos citados pueden considerarse, desde el punto de vista del plan del autor decidido a matar, como actos ejecutivos de homicidio, hay que considerar, desde el punto de vista legal, que no existe, sin embargo, acto ejecutivo alguno de matar en el hecho de sacar un arma de su funda o en el de comprar el arma para matar a la víctima. Cosa distinta es que muchos de estos hechos puedan ser castigados como amenazas, o por tenencia ilícita de armas (sobre la distinción amenazas-tentativa de homicidio, véase STS 20 febrero 1975).

También son punibles, conforme dispone el art. 141 tanto para el homicidio, como para el asesinato, la provocación, la conspiración y la proposición (cfr. arts. 17 y 18).

Respecto a la delimitación entre lesiones consumadas y tentativa de homicidio la distinción es clara en el plano teórico, pues la tentativa de homicidio supone siempre la intención o dolo (aunque sea eventual), es decir, la intención de matar, lo que por definición falta en las lesiones. En la práctica, sin embargo, es difícil distinguir un caso de otro. El Tribunal Supremo recurre a criterios puramente procesales que funcionan como «indicadores» de la intención del sujeto, como la naturaleza del arma empleada, el número y dirección de las heridas, etc., e intenta sistematizar estos criterios acudiendo para ello a signos objetivos anteriores a la acción (existencia de amenazas o simples resentimientos entre autor y víctima, la personalidad del agresor y del agredido y las relaciones entre ambos), coetáneos (medio vulnerante y región afectada por la agresión, manifestaciones de los contendientes, reiteración de los actos agresivos) y posteriores a la acción misma (palabras o actitud del agente ante el resultado producido, ayuda o abandono de la víctima. Cfr. SSTS 20 noviembre 1975, 4 y 5 febrero 1982, 12 marzo 1987, 17 enero 1994 y 26 junio 1998). En general, el Tribunal Supremo destaca que estos criterios son complementarios y meramente indicativos de la intención del sujeto, lo que, en el fondo, se convierte en un problema de «libre valoración de la prueba».

Entre la tentativa de homicidio y las lesiones consumadas existe un concurso de leyes que habrá de resolverse aplicando la pena de mayor gravedad. Ello resulta especialmente claro cuando las lesiones consumadas merecieran una pena superior a la del homicidio o asesinato en grado de tentativa, pues no parece lógico castigar por la tentativa de homicidio o asesinato cuando éste no se consuma por puro accidente y la lesión tiene suficiente entidad material o incluso mayor pena que la que correspondería por tentativa de homicidio o asesinato (cfr. MAPELLI CAFFARENA, 1997, pp. 259 ss.; STS 12 noviembre 1994 y comentario de CARDENAL MONTRAVETA). También se impondrá la pena de las lesiones consumadas cuando el homicidio intentado quede impune por *desistimiento voluntario y eficaz* del autor (cfr. *infra* capítulo IV). Cuando son varias las acciones continuadas en un breve lapso de tiempo (por ej., varios disparos, varias puñaladas, etc.) existe un único delito de homicidio, consumado o intentado, según se produzca o no la muerte.

Circunstancias modificativas

No existe en el Código penal ninguna previsión específica para el homicidio «pasional» o realizado bajo alguna circunstancia de arrebato, ira, miedo, etc., por lo que en estos casos todo lo más será aplicable la atenuante 3ª del art. 21, conforme a las reglas generales de determinación de la pena. Sin embargo, muchas veces pueden apreciarse las causas de justificación como eximentes incompletas (art. 21,1ª en relación con el art. 68), sobre todo cuando se deben a la falta de un requisito no esencial o a excesos explicables por el propio estado emocional del que, por ejemplo, actúa originariamente en legítima defensa. Las riñas y peleas son casos en los que se puede aplicar con frecuencia este supuesto. También cabe apreciar como circunstancias atenuantes, a través de la eximente incompleta del art. 21,1ª o de la atenuante 2ª del art. 21 (adicción a las drogas), los trastornos mentales, el miedo insuperable o la embriaguez y la drogadicción.

Respecto a las agravantes, en principio son aplicables todas las previstas en el art. 22, salvo las mencionadas en el art. 139 (asesinato). Dichas agravantes inciden en la determinación de la pena conforme a las reglas generales.

Las relaciones parentales entre el autor del homicidio y la víctima (ser o haber sido 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) pueden constituir, según el art. 23, tanto una circunstancia agravante, como una atenuante, aunque en este delito y en el asesinato serán normalmente consideradas como una agravante, pero sin llegar, como sucedía en el Código penal anterior, a constituir un delito autónomo de parricidio, que con buen criterio ha sido eliminado del nuevo Código penal (sobre la situación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 53; respecto al antiguo infanticidio, véase *infra*: asesinato y alevosía).

ASESINATO

La muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios especialmente peligrosos o revelando una especial maldad o peligrosidad, ha sido tradicionalmente castigada más severamente que el simple homicidio.

Con el nombre específico de asesinato aparece ya en el Código penal de 1822 una figura de delito similar a la tipificada en el art. 139 del actual Código penal. Dice así este precepto:

> «Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:
> 1.ª Con alevosía.
> 2.ª Por precio, recompensa o promesa.
> 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido».

El asesinato no es, por consiguiente, más que la muerte de otra persona ejecutada con las circunstancias mencionadas en el art. 139. Del tenor literal se desprende que basta la concurrencia de una de ellas para elevar la muerte de una persona a la categoría de asesinato. Pero esto no quiere decir que el asesinato sea un mero homicidio cualificado. En realidad, el asesinato es un delito distinto, independiente y autónomo del homicidio. Históricamente el asesinato ha tenido siempre un carácter autónomo frente a los demás delitos contra la vida, autonomía que no sólo se reflejaba claramente en el Código penal de 1870 que lo recogía en un capítulo distinto al del homicidio, sino en el marco penal que se le asignaba (que podía llegar a la pena de muerte) y que todavía en algunos Códigos penales, como el alemán, es la prisión perpetua. A partir del Código penal de 1932, el asesinato

aparece incluido en un Capítulo común a todos los delitos contra la vida humana independiente, con excepción del infanticidio. Pero esto no quiere decir que por eso perdiera su autonomía. La redacción siguió siendo prácticamente la misma que tenía en el Código del 70 y, al igual que sucedió con el parricidio, al que se había privado también de su autonomía sistemática, se le conminó con una *pena distinta* (reclusión mayor a muerte) y no sólo más grave que la del homicidio (reclusión menor). También sociológicamente e incluso desde el punto de vista lingüístico el asesinato tiene un significado autónomo distinto del homicidio.

Sin embargo, el Código penal de 1995 parece haber pretendido darle un carácter de homicidio cualificado, confirmado por el empleo en la rúbrica del Título I de la expresión «Del homicidio y sus formas». Ello, no obstante, no es un argumento decisivo a la hora de desentrañar la verdadera naturaleza del asesinato; también la cooperación e inducción al suicidio está tipificada bajo la misma rúbrica en el mismo Título y no por eso se discute su carácter autónomo frente al homicidio. En realidad, son otras las razones, dogmáticas y político-criminales, que deben emplearse para resolver este problema (sobre la configuración típica de los delitos contra la vida, véanse SANZ MORÁN, pp. 783 ss.; DEL ROSAL BLASCO, 2000, pp. 675 ss.).

Una concepción del asesinato como mero homicidio cualificado puede chocar con el convencimiento social, bastante extendido, de que dentro de los delitos contra la vida debe individualizarse algún tipo específico que recoja los atentados más graves y repugnantes a este importante bien jurídico. El problema se plantea al traducir en términos técnico-legislativos este sentimiento. Pues las exigencias de garantía y seguridad jurídica obligan a configurar con claridad un tipo autónomo sobre la base de unas circunstancias agravantes, cuya elección es siempre arbitraria y producto de valoraciones históricamente condicionadas (cfr. *infra*). En realidad, el mismo efecto agravatorio podría conseguirse con la técnica de los tipos cualificados, sin necesidad de restringir el asesinato a las circunstancias previstas en el art. 139, pero el legislador ha reservado la calificación de asesinato para aquellos casos en los que la muerte se produce con empleo de determinadas circunstancias (las citadas en el art. 139 y no otras), manteniendo además el nombre de «asesinato», al que asigna un régimen punitivo agravatorio especial para el caso en el que concurra más de una de las circunstancias previstas en el art. 139 (cfr. *infra* y art. 140). La discusión parlamentaria de este precepto no arroja mucha luz sobre este problema, aunque el mantenimiento de la palabra asesinato se hizo conscientemente de que, con ello, se daban argumentos en favor de su autonomía (véanse las distintas propuestas en LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN). No obstante, un amplio sector doctrinal considera que en el Código penal de 1995 el asesinato no es más que un homicidio cualificado. Ciertamente, la regulación actual permite, como se ve, mantener

argumentos tanto a favor como en contra de la autonomía del asesinato. Pero la función preventiva y, en definitiva, motivadora del Derecho penal exige, más por razones político-criminales que dogmáticas, la creación, en todo caso, de un tipo específico que traduzca, en términos agravatorios, la mayor desaprobación de esta clase de hechos. Esta tesis es, a mi juicio, reforzada por el art. 140, que es una regla especial de determinación de la pena para el caso en que concurra más de una de las circunstancias previstas en el art. 139 (pena: prisión de veinte a veinticinco años). En este caso se puede hablar incluso de un *asesinato cualificado*, en el que una de las circunstancias del art. 139 sirve para calificar el hecho como asesinato y a partir de ahí, la otra (u otras) concurrentes, para imponer el marco penal del art. 140. Ello supone evidentemente la derogación del régimen general de las reglas de determinación de la pena, que sólo será aplicable en el caso de que concurran otras agravantes genéricas distintas a las citadas en el art. 139.

Breve estudio de las circunstancias cualificadoras en el asesinato

Las circunstancias citadas en el art. 139 coinciden casi literalmente con las agravantes 1ª, 3ª y 5ª del art. 22. Por ello, sólo se va a hacer referencia a aquellas cuestiones que afectan directamente al asesinato.

– La *alevosía* viene definida en el número primero del art. 22, definición que también es válida para el art. 139.

> Dice así el art. 22,1ª: «Hay alevosía cuando el culpable 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».

Respecto al asesinato, el principal problema que plantea esta circunstancia es el de si puede estimarse en la muerte de seres indefensos.

Según una reiterada jurisprudencia, la muerte de niños, ancianos, impedidos, etc., debe estimarse siempre como alevosa y, por tanto, como asesinato (véase, por ej., STS 16 mayo 1968 y el comentario a ella de DEL ROSAL, pp. 311 ss.; y más recientemente STS 13 septiembre 1996, con comentario crítico de GÓMEZ RIVERO, 2000, pp. 42 ss.). Este criterio es incompatible con el sentido literal de la definición legal antes transcrita, porque en estos casos el sujeto activo no emplea «en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla», sino que se encuentra con una situación no provocada ni buscada por él. Por otra parte, tampoco hay en estos

casos posible reacción defensiva por parte del ofendido, faltando con ello el segundo requisito objetivo de la alevosía. De acuerdo con esta interpretación, los casos que en el anterior Código penal (art. 410) se calificaban de infanticidio (muerte de un recién nacido producida por su madre o abuelos maternos para ocultar la deshonra de la madre), no tienen ahora que ser necesariamente calificados de asesinato, sino como homicidio, valorándose dentro de este tipo las circunstancias emocionales o los trastornos mentales que puedan darse en esta clase de hechos. En casos como los citados todo lo más se puede tener en consideración la agravante de abuso de superioridad (2ª del art. 22), que desde luego no eleva el homicidio a la categoría del asesinato —una buena prueba más de la autonomía del asesinato, pero también de lo arbitraria que es, a veces, la distinción homicidio-asesinato—. La cuestión de la alevosía es menos discutible en el caso de durmientes, sobre todo cuando esta situación de sueño ha sido provocada por el sujeto activo, suministrando, por ejemplo, un narcótico a la víctima o esperando a que ésta se duerma para matarla. No cabe duda de que aquí sí se busca y se crea el aseguramiento de la ejecución y se evita toda posibilidad de defensa. Lo decisivo en la alevosía es, por tanto, el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido, de ahí que se estime siempre alevosa la muerte a traición o por sorpresa, aunque algunas corrientes feministas nieguen que esta calificación sea aplicable cuando la mujer mata al marido mientras duerme, ya que por su mayor debilidad física no puede hacerlo cara a cara (LARRAURI/ VARONA, pp. 15 ss.), y algún sector doctrinal y jurisprudencial, influido por la dogmática alemana, cuyo Código penal, por cierto, carece de una definición de la alevosía, entienda que es necesario un ánimo especial alevoso. La definición que da el art. 22,1ª de la alevosía no requiere, desde luego, ninguna motivación especial, basta con que el sujeto busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla.

La alevosía puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del delito, pero también puede suceder que se inicie la ejecución del hecho alevosamente y que termine simplemente como homicidio, si por ejemplo se dispara contra la víctima, primero a traición, sin alcanzarla y cuando ésta, apercibida, se encuentra frente al agresor, vuelve éste a disparar, matándola (cfr. SSTS 21 marzo 1984 y 29 septiembre 1989). En este caso, admitir el concurso entre una tentativa de asesinato y un homicidio doloso consumado supone descomponer la acción

de matar en una serie de secuencias aisladas desconectadas entre *sí* e ignorar que una vez iniciados los disparos, y reiterados éstos sin solución de continuidad, la modificación de la situación de la víctima sólo puede influir en la calificación de alevosía en el caso en el que la situación alevosa originaria haya cambiado sustancialmente, no cuando sigue existiendo la misma situación de indefensión (el que una persona desarmada a la que se va a matar por la espalda se vuelva, carece de trascendencia a los efectos de seguir considerando que existe alevosía). Por las mismas razones, tampoco se convierte automáticamente en alevosa la muerte producida por una puñalada en la espalda, o al rematar al contendiente caído en el suelo, en el transcurso de una pelea en la que ambos contendientes actúan en igualdad de condiciones.

La alevosía no exige ningún tipo de premeditación o preparación y puede surgir en el mismo momento en que se ejecuta el hecho (el sujeto aprovecha que su enemigo le da la espalda). En algunos casos, el medio empleado para ejecutar la muerte puede ya de por sí constituir alevosía (por ej., el veneno), por eso se ha prescindido en la nueva regulación del asesinato de la circunstancia de «por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo», supuestos que pueden incluirse dentro del concepto de alevosía (respecto a la premeditación, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 42 ss.). La alevosía absorbe las agravantes de disfraz y abuso de confianza y superioridad, lo que no quiere decir que siempre que se den estas agravantes se dé también la alevosía, sino, al contrario, que siempre que se aprecie la alevosía no podrán apreciarse coetáneamente otras agravantes similares.

– La segunda circunstancia del art. 139 se corresponde con la tercera del art. 22, aunque en el art. 139 se sustituye la expresión «mediante» por la de «por», acentuándose, de este modo, el carácter motivador de esta circunstancia. No basta, por consiguiente, que el sujeto que mata reciba posteriormente una determinada dádiva por lo que ha hecho, sino que es preciso que lo haya hecho sobre la base de tal motivo. Según la jurisprudencia y la doctrina dominantes el *precio, recompensa o promesa* han de tener un carácter económico. Esta circunstancia requiere, por lo menos, la presencia de dos personas: la que ofrece el precio y la que lo recibe. Es compatible con las demás circunstancias del art. 139.

– *Ensañamiento. Propuesta de reinterpretación.* Referido en el art. 22,5ª genéricamente al aumento deliberado del *sufrimiento de la víctima*, causando a ésta «padecimientos innecesarios para la ejecución del delito», el ensañamiento en el art. 139 únicamente se refiere al aumento deliberado e inhumano del *dolor* del ofendido, sin especificar si ese dolor debe o no ser innecesario. Lo esencial de esta circunstancia en el asesinato es, por consiguiente, que se aumente «deliberada e inhumanamente» el dolor del ofendido, es decir, que se aumenten sus sufrimientos con actos de crueldad, torturas, sevicias, etc., previos a la producción de la muerte, independientemente que de ello sea o no necesario para la ejecución del delito. La doctrina y la jurisprudencia consideran, sin embargo, aplicable esta cualificación solamente cuando el aumento del dolor de la víctima sea «innecesario» para la ejecución del delito. Esta exigencia está presente ciertamente en la configuración del ensañamiento como agravante genérica tanto en el art. 10,5ª del anterior Código penal, como en el art. 22,5ª del Código penal de 1995, pero no se menciona ahora, ni se mencionaba antes tampoco expresamente en la definición del ensañamiento como elemento del asesinato. En este delito, por tanto, se prescinde del requisito de la «innecesariedad» del aumento del dolor. Ciertamente, la mayoría de las formas en las que se puede matar a una persona suponen dolor o sufrimiento, físico o psíquico, para la víctima, por lo que el sentido de la agravación que el ensañamiento representa debe basarse en que efectivamente el sujeto activo no sólo quiera matar, sino hacer sufrir a la víctima, por ejemplo, torturándola previamente, sin que ello sea estrictamente necesario para conseguir su propósito homicida. Pero muchas veces no se puede decir que la tortura sea realmente innecesaria desde el punto de vista del plan concebido por el autor o autores del asesinato. Así, por ejemplo, puede suceder que, antes de matar a la víctima, el autor o autores de la muerte quieran obtener de ella determinados datos, la entrega de dinero, etc., y para ello procedan a maltratarla o torturarla. En este caso, no se puede decir que la tortura, como forma de aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento del torturado, sea innecesaria desde ningún punto de vista, ni objetivo, ni subjetivo, ya que para obtener la información o el dinero no había otro procedimiento más eficaz que éste. Sin embargo, a pesar de la «necesidad» de este aumento deliberado del sufrimiento, el ensañamiento debe ser también aplicable en los casos en los que el aumento del dolor de la víctima, antes de proceder a matarla, no se emplea con un ánimo sádico gratuito, sino con otros propósitos, para cuya consecución es necesario torturarla, física o psíquicamente, hasta alcanzar el fin perseguido (en este sentido GÓMEZ RIVERO, 2000, p. 57).

A esta solución se llega desde mi punto de vista tanto desde una visión puramente dogmática, como desde otra criminológica de esta circunstancia. Dogmáticamente, como ya hemos dicho, el legislador ha prescindido de mencionar la «innecesariedad» de la provocación del dolor como requisito del ensañamiento en el asesinato. Y ello tiene su razón de ser en la propia fenomenología de esta circunstancia cuando concurre en un asesinato. Muchas veces éste va precedido de un delito de lesiones con tortura, ya de por sí constitutivo de un tipo cualificado del delito de lesiones (cfr. art. 148,2º), que, sin embargo, pierde su autonomía para ser valorado como ensañamiento en el delito de asesinato. Piénsese en casos como el del secuestrador que tortura al secuestrado para obtener información y, una vez obtenida ésta, lo mata. La tortura desde el punto de vista del torturador no es ciertamente «innecesaria» y aparentemente, por tanto, no le sería aplicable el ensañamiento conforme a la interpretación que dan a esta circunstancia la doctrina y la jurisprudencia dominante; sin embargo, si se mira este hecho desde el punto de vista objetivo y, sobre todo, desde el punto de vista de la víctima, hay aquí un aumento deliberado e inhumano del dolor que supone un plus de gravedad de la antijuricidad que se añade al desvalor que ya de por sí constituye matar a una persona. Negar esta interpretación del ensañamiento significaría tanto como dejar de valorar la tortura a la que se puede someter a una persona antes de matarla, cuando ésta sea «necesaria» para la consecución de los propósitos del que la mata, y restringir esta circunstancia a casos de laboratorio de «asesinos sádicos» psicóticos, más en los límites de la inimputabilidad que en los de la maldad fría y desalmada del asesino que actúa de forma plenamente imputable. Ciertamente, hay que reconocer que la interpretación tradicional del ensañamiento abona una configuración muy restrictiva de esta circunstancia (de ahí su escasa aplicación en la práctica); pero en casos como éste no parece aventurada una interpretación como la que aquí se propone, perfectamente compatible con el tenor literal del art. 139,3ª (en contra de esta interpretación, STS 5 marzo 1999, que, aparte de no considerar probados los hechos que apoyan la apreciación de ensañamiento, insiste en la interpretación tradicional que exige el propósito de satisfacer instintos de perversidad y la provocación de males «innecesarios»; cfr. también SSTS 24 septiembre 1997 y 25 junio 1998; críticamente Gómez Rivero, 2000, pp. 52 s.).

Los actos de ensañamiento con el cadáver, las acciones sádicas «post mortem», están excluidas del concepto legal de ensañamiento, ya que en este caso no hay dolor que aumentar. Otra cosa sucede cuando, antes de que se produzca la muerte, se infieren gran número de puñaladas o de golpes de forma continuada hasta provocarla, teniendo en cuenta que, por muy graves que sean las heridas, la muerte no se produce en estos casos siempre de forma instantánea y mientras tanto la víctima que está siendo salvajemente apuñalada o golpeada sufre una lenta agonía. Aunque el ensañamiento no se mide por el número de puñaladas o de golpes, no cabe duda de que continuar las

agresiones hasta provocar la muerte, cuando se hace de forma deliberada mientras la persona está viva, puede ser considerado como una forma de ensañamiento.

En este sentido, la STS de 8 de octubre de 2001 corrigió una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de diciembre de 1999 y aplicó ensañamiento (además de alevosía) en un caso en el que un sujeto propinó 17 golpes en la cabeza a su compañera antes de estrangularla, razonando que el mayor dolor padecido por la víctima «debe resultar de una deducción lógica de los hechos». El mismo criterio debe emplearse para juzgar casos como el de Ana Orantes, golpeada por su marido hasta dejarla inconsciente, quien luego la ató a una silla, la roció con gasolina y le prendió fuego; o ¿habrá que pensar que si la mujer estaba ya inconsciente cuando el marido le prendió fuego no sentía ya ningún dolor?

Los casos de humillación y vejación de la víctima y la causación de «dolor moral» (escupirle, hacerle que se desnude y se coloque en situación humillante, asustarla con disparos de fogueo diciéndole que se le va a matar y simular un fusilamiento, hacerle beber orina o aceite de ricino, etc.) entran también en el concepto de ensañamiento y, por tanto, si van seguidos de la ejecución de la muerte ésta se debe calificar de asesinato (cfr. *infra* capítulo VII).

Naturaleza de las circunstancias cualificadoras del asesinato

Como ya se ha dicho, las circunstancias del art. 139 son elementos típicos y no circunstancias agravantes genéricas del art. 22, por lo que no siguen el régimen del art. 66. Lo dispuesto en el art. 65 respecto al cómputo de las circunstancias modificativas en caso de concurrencia de varios intervinientes en el delito no es tampoco aplicable directamente al asesinato (véase *infra*: participación).

Como se desprende del tenor literal del art. 139 («concurriendo *alguna* de las circunstancias siguientes»), basta que se dé una *sola* de las circunstancias mencionadas en el art. 139 para la calificación del hecho como asesinato. Puede suceder, sin embargo, que en la muerte de una persona concurran varias de las circunstancias citadas en el art. 139. En este caso, cualquiera de ellas puede tomarse para calificar esa muerte como asesinato, pero las demás, a diferencia de lo que ocurría en el Código penal anterior, determinan la aplicación del tipo cualificado del art. 140, por lo que, sólo una vez que estemos en el marco penal de este artículo se podrá acudir al régimen general de la determinación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias modificativas genéricas, agravantes o atenuantes, que sí se computan

conforme al régimen general previsto en el art. 66. Así, si concurre sólo una circunstancia cualificadora del asesinato, se aplica la pena del art. 139 (15 a 20 años de prisión) y dentro de ese marco se aplican las agravantes y atenuantes genéricas conforme al régimen general previsto en el art. 66. Si se dan dos circunstancias del art. 139 (por ejemplo, muerte de una persona ejecutada con alevosía y por precio), una de las dos (la alevosía, por ejemplo) se toma para calificar el hecho como asesinato, mientras que la otra (en este caso, el precio) funcionará como agravante específica que obliga a recurrir al marco penal del art. 140 (20 a 25 años) y dentro de este marco se computan conforme a las reglas generales de determinación de la pena del art. 66 las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas que concurran (es decir, deberá imponerse la pena del art. 140 en la mitad superior si concurre una agravante genérica —motivos racistas, por ej.—; podrán compensarse racionalmente circunstancias agravantes genéricas con circunstancias atenuantes —por ej., los motivos racistas con el arrebato u obcecación—; se deberá imponer la pena del art. 140 en la mitad inferior si concurre sólo una circunstancia atenuante o la inferior en uno o dos grados si concurren una o varias atenuantes muy cualificadas o dos o más de las circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, o una eximente incompleta). La cuestión se complica más cuando se dan las tres circunstancias del art. 139, aunque creo que en este caso la tercera se convierte en agravante genérica y sigue el régimen general del art. 66 (véase *infra*: participación).

Elementos comunes con el homicidio

Como ya se ha dicho, la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 139 diferencia el homicidio del asesinato. Pero ambos delitos tienen algunas características comunes. Así, aparte de la igualdad en el bien jurídico protegido, coinciden los sujetos, activo y pasivo, el objeto material y los problemas de la relación de causalidad.

En el *tipo subjetivo* existe, sin embargo, una diferencia fundamental. Mientras que en el homicidio cabe la comisión imprudente, no se puede cometer el asesinato por imprudencia. La naturaleza misma de las circunstancias del art. 139 se opone a esta posibilidad, ya que unas exigen la referencia del dolo a ellas (la alevosía, el ensañamiento), mientras que el precio, recompensa o promesa constituye un móvil incompatible con la imprudencia. Por tanto, la muerte ocasionada empleando un medio objetivamente alevoso (por ej., un incendio), pero sin intención de matar, constituirá, todo lo más, un homicidio por imprudencia (o, en su caso, con dolo eventual; véase *infra*), nunca un asesinato.

Más discutible es la posibilidad del *dolo eventual en el asesinato*. Desde luego no existe problema alguno en calificar como asesinato el hecho de poner una bomba de relojería en un buque para cobrar una prima de seguro, provocando su hundimiento y la muerte de varias personas, que, como consecuencia necesariamente unida al resultado pretendido, puede ser imputada a título de dolo directo (aunque sea de segundo grado o de consecuencias necesarias). Lo mismo sucede con el atentado terrorista en el que mueren varias personas a consecuencia de la explosión de una bomba en unos grandes almacenes en el momento de mayor afluencia de público (cfr., sin embargo, art. 572,1,1º e *infra*). Naturalmente, en estos casos el desconocimiento por parte de los autores de la identidad o del número exacto de las víctimas no impide la calificación de dolo directo y, por tanto, de asesinato, en la medida en que el resultado letal es globalmente aceptado. Más complejo es el problema cuando el resultado letal aparece como aleatorio, aunque el autor del hecho se lo haya representado como probable y, a pesar de ello, haya aceptado el riesgo de su producción. Piénsese en el incendio de una casa habitada (art. 351), o en el descarrilamiento de un tren lleno de pasajeros (art. 346). Las posibles muertes que en casos de este tipo se pueden producir pueden ser imputables, sin duda alguna, a imprudencia, e incluso a dolo eventual. La cuestión es la de si deben de calificarse, en caso de que se demuestre el dolo eventual, de asesinato o como simple homicidio en concurso con los respectivos delitos de incendio, estragos, etc.

Sin entrar ahora en enojosos cálculos de determinación de la pena que procedería aplicar con una u otra calificación, la cuestión debe ser resuelta teniendo en cuenta la función dogmática y político-criminal que cumple el asesinato frente a los demás delitos contra la vida y consecuentemente frente al homicidio doloso simple del art. 138, verdadero ámbito del dolo eventual. Si en algo se diferencia el asesinato del homicidio doloso simple es en que la finalidad, más o menos amplia, de matar viene afianzada, en el asesinato, por el empleo de determinados medios o la presencia de unos móviles que tienden claramente a esta finalidad. Si, por el contrario, el empleo de esos medios se hace para asegurar la ejecución de un hecho que probablemente puede producir la muerte, pero no de un modo seguro; o con el fin de dar un susto o un escarmiento, torturando a alguien sin pretender

matarlo, pero asumiendo el riesgo de que la paliza produzca este fin, entonces estaremos en los dominios del homicidio doloso simple, por más que el hecho en sí y la muerte, si se produce, produzcan el mismo sentimiento de rechazo que cuando se hace con ánimo directo de matar.

Estamos, pues, aquí ante una conclusión dogmática que puede ser, en algunos casos, insatisfactoria desde el punto de vista político-criminal. MAPELLI CAFFARENA (1988, pp. 439 ss.) considera posible en el asesinato el dolo eventual respecto al resultado muerte, distinguiendo entre el dolo referido a las circunstancias mismas (que ha de ser directo) y el dolo referido a la muerte (que, según MAPELLI, puede ser eventual). Esta interpretación me parecería plausible, tanto dogmática, como político-criminalmente, si el asesinato no fuera un delito autónomo y distinto del simple homicidio. En la medida en que lo sea, y ya hemos señalado anteriormente las razones de esa autonomía, me parece difícil admitir el dolo eventual en el asesinato.

Naturalmente, en la praxis estos problemas se plantean como problemas de prueba antes que como problemas teóricos. Y así no es difícil encontrar sentencias en las que se niega el dolo eventual y se castiga por asesinato cuando una de las muertes no había sido ni siquiera prevista (STS 5 octubre 1887: paquete bomba que, al explosionar, mata también a la esposa del destinatario que casualmente se encontraba allí); y, en cambio, se califican de homicidios dolosos simples hechos de clara representación y aun aceptación de la muerte (STS 19 diciembre 1978: arrojar desde una azotea un ladrillo de kilo y medio contra un grupo).

> En el caso de que la muerte se produzca como consecuencia de un *atentado terrorista*, el art. 572,1,1º impone una pena de prisión de veinte a treinta años (de veinticinco a treinta en el supuesto del apartado 2 del mismo artículo), lo que puede entenderse como una especie de *delito cualificado por el resultado*, causado al menos por imprudencia, que, a mi juicio de manera criticable, deroga la regulación de los tipos delictivos contra la vida contenidos en el Título I (homicidio, asesinato), pero no como un argumento a favor del dolo eventual en el asesinato.

Tentativa y actos preparatorios punibles

Los problemas que plantea la tentativa en el asesinato son los mismos que en el homicidio. Especial relevancia tienen en el delito de asesinato, sin embargo, los actos preparatorios declarados especialmente punibles tanto para el homicidio, como para el asesinato en el art. 141.

Las figuras de la *provocación* o de la *proposición* se darán sobre todo en el asesinato realizado «por precio, recompensa o promesa»; pero tanto éstas, como la conspiración dejan de ser aplicables tan pronto se pase a los actos ejecutivos y con ellos a la tentativa.

Participación

Cuando funcionan como elementos constitutivos del delito de asesinato (o de asesinato cualificado), las circunstancias cualificadoras del art. 139 deben *concurrir* en el *autor en sentido estricto* de este delito, es decir, en el que mata. Los que intervienen a título de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices) deben *conocer* los elementos del tipo realizados por el autor: quienes participan en un asesinato deben saber que el sujeto a quien auxilian o inducen mata, por ejemplo, con ensañamiento, pues de lo contrario concurriría en ellos un error esencial que excluiría el dolo del asesinato y les haría responder, todo lo más, por homicidio doloso simple. Si en el autor concurren dos de las circunstancias de las mencionadas en el art. 139 (alevosía y ensañamiento, por ejemplo) hay que tener en cuenta, sin embargo, que sólo una de ellas se toma para calificar el hecho como asesinato, pasando la segunda a determinar la aplicación del tipo cualificado del art. 140. En este caso, a los partícipes sólo les serán aplicables si saben que concurren en el autor del hecho. Así, si saben que se dan las dos circunstancias responderán de participación en asesinato cualificado; si conocen, por ejemplo, que se da ensañamiento pero desconocen la alevosía responderán de participación en asesinato, porque en cualquier caso el hecho puede calificarse como asesinato en base al ensañamiento; y si no conocen ninguna de las dos, responderán por homicidio doloso. Por último, si se dan las tres circunstancias del art. 139, creo que la tercera debe pasar a convertirse en una agravante genérica que debe seguir, por ello, el régimen general de los arts. 65 y 66. A estos efectos, que prácticamente carecen de significación, puede considerarse que *cuando funcionan como agravantes genéricas* las circunstancias de alevosía y de ensañamiento son circunstancias materiales, que sólo pueden computarse a los que las conozcan en el momento de la acción o de su cooperación al delito; mientras que la de actuar por precio, recompensa o promesa sería una circunstancia personal, que sólo puede apreciarse en el autor.

El asesinato por precio presupone siempre la concurrencia de, por lo menos, dos personas. Por un lado, la que paga el precio, concede

o promete la recompensa; por otro, la que acepta tal oferta y decide, sobre la base de ésta, realizar directamente el hecho. Ambos son responsables de asesinato, ya que el que ofrece la recompensa es siempre partícipe en el hecho cometido por el que la recibe. La intervención del que paga u ofrece la recompensa en el hecho realizado por el otro puede ser calificada de participación por inducción en el asesinato o de cooperación necesaria; pero la circunstancia como tal (es decir, cuando se dan las tres circunstancias del asesinato y el precio, recompensa o promesa actúe en consecuencia como una agravante genérica) sólo afecta, por ser de índole personal, al que mata por precio, recompensa o promesa (de otra opinión algún sector jurisprudencial que considera que el precio, como agravante genérica, es también directamente aplicable al que ofrece la recompensa, cfr. STS 7 julio 1983).

CAPÍTULO II

Inducción y cooperación al suicidio. Especial consideración de la eutanasia

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995*: ALONSO TEJUCA/ MARTÍN GÓMEZ, *Aproximación jurídica al problema de la eutanasia*, La Ley 1992; ATIENZA, M., *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los «grapo»*, JD 1990; BACIGALUPO ZAPATER, *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, PJ núm. especial XII, 1990; el mismo, *La ayuda omisiva al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española*, en Gimbernat/ Schünemann/ Wolter (edit.), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Madrid 1994; BAJO FERNÁNDEZ, *Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante*, CPC 1993; BARBERO SANTOS, *El suicidio: problemática y valoración*, Madrid 1966; BERISTAIN IPIÑA, *Prolegómenos para la reflexión penal-criminológica sobre el derecho a culminar la vida con dignidad. (La eutanasia)*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; BLANCO LEIRA, *EL suicidio como accidente de trabajo*, en El Derecho de la seguridad social, CDJ 1992; BRAGUE CAMAZANO, *La posible inconstitucionalidad de las penas en el delito de eutanasia en el Proyecto de Código penal*, RGD 1993; BUENO ARÚS, *Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal*, PJ 1985; el mismo, *El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario*, AP 1991; CABELLO MOHEDANO/ GARCÍA GIL/ VIQUEIRA TURNEZ, *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*, Cádiz 1990; CARBONELL MATEU, *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto*, CPC 1991; COBO DEL ROSAL/ CARBONELL MATEU, *Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, Barcelona 1955; DEL ROSAL BLASCO, *La participación y auxilio ejecutivo al suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal*, ADP 1987; DÍEZ RIPOLLÉS, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, CPC 1986; FALCÓN CARO, *Dimensiones político-criminales de la eutanasia en el Derecho penal comparado*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; FERNÁNDEZ ESPINAR, *Consideraciones en torno a una noción criminalística de la eutanasia*, AP 1993 (también en CPC 1993); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Problemática médico-legal de la eutanasia*, en Estudios Penales I, Santiago de Compostela 1977; GIMBERNAT ORDEIG, *Inducción y auxilio al suicidio*, en Ensayos penales, Santiago de Compostela 1974; el mismo, *Eutanasia y Derecho penal*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; GOMARIZ I PARRA, *Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciario*, La Ley 1990; JUANATEY DORADO, *Participación en el suicidio y*

eutanasia, PJ 1992; el mismo, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid 1994; KAUFMANN, Arthur, *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, CPC 1987; LÓPEZ GARCÍA/ HINOJAL FONSECA/ BOBES GARCÍA, *El suicidio: Aspectos conceptuales, doctrinales, epidemiológicos y jurídicos*, RDPC 1993; LUZÓN PEÑA, *Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de tercero) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión*, La Ley 1988; MARTÍN GÓMEZ/ ALONSO TEJILLA, *Aproximación jurídica al problema de la eutanasia*, La Ley 1992; MILANS DEL BOSCH/ JORDÁN DE URRIES, *Relevancia jurídico-constitucional y penal de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, AP 1991; MIR PUIG, *Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente*, ADP 1991; MONTALBÁN AVILÉS, *El derecho a la vida y la disponibilidad sobre la propia vida. Su inconstitucionalidad*, en El consentimiento. El error, CDJ 1993; MUÑAGORRI LAGUÍA, *Eutanasia y Derecho penal*, Madrid 1994; MUÑOZ CONDE, *Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio*, ADP 1987 (también en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989); OLESA MUÑIDO, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona 1958; PORTILLA CONTRERAS, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo*, CPC 1991; QUERALT JIMÉNEZ, *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, ADP 1988; RODRÍGUEZ AGUILERA, *El derecho a una muerte digna*, RJCat. 1989; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio*, RFDUC 1961; ROLDÁN BARBERO, *Prevención del suicidio y sanción interna*, ADP 1987; ROMANSKY, *La punibilidad de la participación en el suicidio en el Derecho penal alemán, español y argentino. Consideraciones sobre los trabajos de los Profesores Muñoz Conde y Sancinetti*, AP 1994; ROMEO CASABONA, *El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994; ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid 1976; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Eutanasia y consentimiento en el Anteproyecto de nuevo Código penal*, La Ley 1992; SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (comentario a la STS 8 julio 1985)*, ADP 1987; TORÍO LÓPEZ, *La noción jurídica de suicidio*, en Estudios de Derecho público y privado. Ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano, Valladolid 1965; el mismo, *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, EPC 1979/1980; el mismo, *Hacia la actualización de la instigación y auxilio al suicidio y el homicidio consentido. Indicaciones provisionales*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *¿Tipificación de la eutanasia en el Código penal? Indicaciones provisionales*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, EPC 1989/1990; VALLE MUÑIZ, *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, CPC 1989; VARIOS, *Eutanasia y Derecho penal*, Madrid 1994; VEGA VEGA/ VILLALAÍN BLANCO, *Sobre la eutanasia: actitud de los sanitarios hacia la información y el tratamiento del paciente*, CPC 1992; ZUGALDÍA ESPINAR, *Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989.

Sobre el Código penal de 1995: BAJO FERNÁNDEZ, *La nueva Ley de autonomía del paciente*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; BERISTAIN IPIÑA, *Aproximaciones multidisciplinarias, criminológicas, al morir con dignidad (La eutanasia ayer, hoy y mañana)*, Derecho y Salud 1997; CARBONELL MATEU, *Suicidio y eutanasia en el Código penal de 1995*, en Homenaje a Tiedemann, Castellón de la Plana 1997; CERVELLÓ DONDERIS, *La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa*, EPC 1996; el mismo *El tratamiento jurídicopenal y doctrinal de la eutanasia en España*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; CUESTA PASTOR, *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre inducción, auxilio, y auxilio ejecutivo al suicidio, a la luz del nuevo Código penal*, RDPC 1995; DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid 1996; DÍEZ RIPOLLÉS, *La disponibilidad de salud e integridad personales*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; FLORES MENDOZA, *Algunas reflexiones sobre el error de los terceros en relación con actos de disposición de la propia vida, profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético*, RDPC 2003; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia 1999; GARCÍA ARÁN, *Eutanasia y disponibilidad de la propia vida*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; GARCÍA RIVAS, *Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; GÓMEZ RIVERO, *La intervención omisiva en el suicidio de un tercero*, AP 1998; JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde y García Álvarez, Valencia 1999; LANDROVE DÍAZ, *El derecho a una muerte digna*, La Ley 1998; MAQUEDA ABREU, *Sectas y Derecho penal. Una aproximación jurisprudencial a su análisis*, CJ 1996; MORA MOLINA, *Holanda: Entre la vida y la muerte*, Valencia 2002; el mismo, *Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos. El Proyecto de Ley Korthals/ Borst*, Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas 2002; MORENO DE LAS HERAS, *Estudio jurídico sobre la eutanasia*, Barcelona 2000; MUÑAGORRI LAGUÍA, *La regulación de la eutanasia en el nuevo Código penal*, JD 1996; NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid 1999; el mismo, *Reflexiones en torno a la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en el art. 143 del Código penal*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada 2004; ROXIN/ MANTOVANI/ BARQUÍN/ OLMEDO, *Eutanasia y suicidio*, Granada 2002; SILVA CASTAÑO, *La dignidad de la persona y su proceso de muerte*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; SILVA SÁNCHEZ, *Los «documentos de instrucciones previas» de los pacientes (Artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la indisponibilidad de la vida*, La Ley 2003; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en Derecho penal*, Valencia 1999; el mismo, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal*, Valencia 2000; VARIOS, *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Díez Ripollés/ Muñoz

Sánchez (edit.), Valencia 1996; VARIOS, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, Brandáriz García/ Faraldo Cabana (coord.), La Coruña 2002.

El suicidio es un ataque contra la propia vida del que lo realiza. El suicidio, como tal, es impune en nuestro Derecho; razones político-criminales han movido al legislador a dejar impune la conducta del que atenta contra su propia vida.

Esta impunidad del suicidio no significa indiferencia del Ordenamiento jurídico frente a tal acto. La vida es objeto de protección en el ámbito penal incluso frente a la voluntad de su titular, que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente y que, en consecuencia, no está legitimado para autorizar a los demás a que lo maten. En el primer caso, el legislador ha considerado con razón que no puede castigar a quien atente contra su propia vida, bien porque si el suicidio se consuma no puede castigar a un muerto, bien porque si no se consuma carece de sentido, desde el punto de vista preventivo general y especial, imponer una sanción a quien ha demostrado con su intento el escaso interés que tiene en los asuntos terrenales. Pero en el segundo caso, es decir, cuando en la toma de decisión del suicidio o en la ejecución del mismo intervienen terceras personas, el legislador no ha querido que la impunidad del suicidio beneficie a personas distintas del suicida y ha tipificado en el art. 143 del Código penal una serie de conductas de participación en el suicidio que, de otra manera, probablemente hubieran quedado impunes sobre la base del *principio de la accesoriedad* de la participación.

Presupuesto del art. 143 es que el suicidio sea un acto autónomo y dependiente de la voluntad del suicida. Si el suicidio fuera consecuencia de una enfermedad mental o desarrollo patológico, la participación dolosa de un tercero induciendo o favoreciendo la decisión suicida podría calificarse de homicidio (o incluso de auténtico asesinato) en autoría mediata, ya que el suicida no sería más que el instrumento de su propia muerte. Parece, sin embargo, excesivo considerar que todo suicidio es producto de una enfermedad mental que anula la libertad del suicida hasta el punto de convertirlo en un inimputable, fácilmente manipulable por un tercero. El suicidio es, ciertamente, la consecuencia de una situación psíquica conflictiva, pero también una forma racional de respuesta a los problemas de la vida, un acto supremo de libertad. Si en el ejercicio de esa libertad una persona adulta decide suicidarse, las formas de participación y favorecimiento doloso

por parte de terceros en esa decisión sólo pueden castigarse en la medida en que exista un precepto específico que así lo disponga expresamente. La diferencia fundamental entre este precepto y los demás que tipifican otros delitos contra la vida es precisamente que la muerte es realizada sobre sí mismo por quien no quiere vivir más o, en el caso de la cooperación ejecutiva, por un tercero con consentimiento de quien no quiere vivir más, que es quien, en definitiva, decide su destino final. El art. 143, como el art. 409 del anterior Código penal, demuestra claramente la voluntad del legislador de tratar autónomamente e incluso de un modo privilegiado las distintas formas de *participación dolosa en el suicidio ajeno*, pero no hasta el punto de considerar irrelevantes penalmente estas conductas que, a veces, pueden estar muy próximas al auténtico homicidio, e incluso, al asesinato, aunque también es verdad que otras veces no son más que la expresión de un acto supremo de libertad del ser humano. Desde el plano doctrinal y de *lege ferenda* se formulan propuestas de despenalización, e incluso algún autor como JAKOBS sostiene que debe considerarse impune la ayuda ejecutiva al suicidio, siempre que éste sea un acto razonable de una persona autónoma y responsable, pero esto no siempre es así y desde luego hay grandes diferencias entre respetar la voluntad de un anciano plenamente lúcido aquejado de una enfermedad en fase terminal o que le produce graves padecimientos y respetar la voluntad de morir de un joven ante su primer fracaso amoroso o tras haber suspendido un examen. La trascendencia social que tendría una despenalización global de todas las conductas de terceros relacionadas con el suicidio, que debería abarcar también consecuentemente conductas como la inducción y la cooperación ejecutiva al mismo, hace que la mayoría de los Códigos penales sigan castigando expresamente, por lo menos, las formas más graves de cooperación y de inducción al suicidio, y, por supuesto, la cooperación llevada al punto de que el tercero que ayuda ejecuta también la muerte del que no quiere vivir más. Los casos en los que la decisión del que no quiere vivir más debe ser respetada y facilitada en su ejecución (por ej., supuestos de enfermedad mortal irreversible con graves padecimientos) deben resolverse, a mi juicio, en el ámbito de las causas de justificación y con una regulación legal específica de las formas y requisitos necesarios para que ésta pueda llevarse a cabo (véase *infra*).

Desde el punto de vista de la tipicidad, tres son las conductas de participación en el suicidio que, como delitos autónomos respecto al homicidio o al asesinato, se describen en el art. 143: la inducción al

suicidio; la cooperación al suicidio; y la cooperación ejecutiva al suicidio.

El *resultado común* a estas tres modalidades de conductas es la muerte del suicida, que constituye la consumación de los delitos previstos en dicho artículo. Para cierto sector doctrinal, la muerte del suicida es una *condición objetiva de penalidad* que, de no producirse, dejaría impunes estas conductas. Desde un punto de vista político-criminal no parece deseable, sin embargo, esta restricción de la penalidad sólo a los casos en los que se produce la muerte del suicida y tampoco hay argumentos dogmáticos contundentes a su favor. Naturalmente que para castigar por tentativa de inducción o cooperación al suicidio tienen que haber comenzado los actos ejecutivos de este hecho.

El art. 143 es ley especial frente a los otros delitos contra la vida humana independiente (homicidio, asesinato), siendo de preferente aplicación aunque la muerte del suicida sea realizada por un tercero o se lleve a cabo con alguno de los medios citados en el art. 139. La posibilidad de la tentativa en este delito excluye la aplicación del delito de lesiones (cfr. art. 155) cuando la muerte no se produce.

INDUCCIÓN AL SUICIDIO

El art. 143,1 dice: «El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años».

Tipo objetivo

La *acción* consiste en inducir o determinar a otra persona a que se suicide. La inducción ha de ser directa y eficaz, siendo indiferente el medio empleado para hacer surgir la determinación de quitarse la vida en el otro.

Sujetos, activo y pasivo, puede ser cualquiera. El suicida debe decidir privarse de la vida a causa de la inducción. No existe inducción si estaba ya decidido a quitarse la vida. La voluntad de darse muerte ha de ser, además, libre y consciente, de tal manera que si el suicida es incapaz de autodeterminarse, se convierte en un mero «instrumento» del inductor que, al tener el dominio del hecho, actúa en realidad como un verdadero autor, mediato, de homicidio o asesinato. Igualmente existe homicidio o asesinato en autoría mediata cuando se aprovecha el error de alguien, dándole, por ejemplo, un veneno y diciéndole que es una bebida refrescante.

En todos estos casos, o falta la voluntad de darse muerte o esta voluntad es jurídicamente irrelevante. Por eso, las conductas tipificadas en el art. 143,1 se construyen como meras conductas de participación en un hecho ajeno, el del suicida, que sigue teniendo el *dominio* del hecho y que es, en definitiva, el que decide si muere o no. De ahí que se exija por la doctrina la imputabilidad o normalidad psíquica en el suicida. Este requisito no debe, sin embargo, generalizarse demasiado, porque no siempre el inimputable es un instrumento en manos del inductor. Y, por tanto, no toda inducción a un inimputable es autoría mediata en un homicidio o asesinato.

Más discutible es el caso de provocación al suicidio mediante engaño, cuando se crea ficticiamente una situación de la que se prevé se derive una reacción que lleve a alguien a matarse: por ejemplo, se le dice a alguien que tiene un cáncer incurable del que morirá en unos meses con horribles dolores, sin insinuarle para nada la posibilidad del suicidio, pero conociendo la psicología del paciente y presumiendo cuál va a ser su reacción: el suicidio, que en efecto se produce. A mi juicio, no cabe hablar aquí de *inducción* al suicidio ni tampoco de *autoría mediata* en un homicidio o asesinato; pero sí se puede castigar por *cooperación al suicidio* en comisión por omisión (cfr. *infra*), pues con la ficción de la enfermedad se crea una situación de peligro para la vida del presunto enfermo, base suficiente para afirmar la posición del garante del que crea la ficción, especialmente si éste es médico (de otra opinión en la 3ª ed., p. 52. Para más detalles sobre la actual posición, MUÑOZ CONDE, pp. 301 ss.). En el llamado «doble suicidio por amor», o en general en los «pactos suicidas», en los que muchas veces uno de los pactantes sobrevive, cabe castigar al superviviente por inducción al suicidio del otro, y si los dos sobreviven al intento, a los dos, ya que siempre habrá una «inducción mutua». Cuando el factor desencadenante del suicidio es un motivo real: el suicida efectivamente tenía cáncer, pero fue el médico quien, al comunicárselo de forma brusca, desencadenó su reacción, puede haber todo lo más un homicidio imprudente, si se actuó en contra de la más elemental prudencia profesional (por ej., el paciente era un depresivo), pero difícilmente una participación punible por inducción o cooperación en el suicidio (MUÑOZ CONDE, pp. 301 ss.; ROMANSKY).

Aunque la inducción se da normalmente en ámbitos individuales o privados, también se pueden incluir en el art. 143,1 los casos de inducción al suicidio colectivo por líderes espirituales con gran capacidad de influencia sobre grupos fanatizados.

Tipo subjetivo

Sólo es posible la *comisión dolosa*. Sólo existe inducción al suicidio cuando el suicida haya sido *intencionalmente* inducido a darse muerte. El dolo del inductor debe referirse, por tanto, al suicidio (una prueba más de que éste no es una condición objetiva de penalidad).

COOPERACIÓN AL SUICIDIO

> Dice el art. 143,2: «Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona».

Tipo objetivo

La acción consiste en realizar actos de cooperación al suicidio, pero esta cooperación debe llevarse a cabo con «actos necesarios». Teniendo en cuenta que en el art. 28,b se considera autores a los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado, habrá que entender aquí por «acto necesario», un acto de cooperación sin el cual el suicidio no se hubiera llevado a cabo. De este modo, quedan fuera del ámbito del art. 143,2 los actos de complicidad, es decir, los actos no necesarios, teniendo que darse aquí por reproducidas las consideraciones hechas en la Teoría General del Delito sobre la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, una de las distinciones más arbitrarias y difíciles de cuantas conoce la Dogmática jurídico-penal. En la anterior regulación se castigaba el auxilio al suicidio sin hacer ninguna diferenciación entre el auxilio necesario y la mera complicidad; pero al referirse la nueva regulación sólo a la cooperación al suicidio con actos necesarios, se hace preciso dar algún criterio que permita la distinción. La cuestión no puede resolverse, sin embargo, de un modo abstracto, sin tener en cuenta las peculiaridades del caso concreto, las condiciones del suicida, las relaciones con el cooperador, el nivel de conocimientos que éste tenga, etc. Dar una pistola o un veneno será generalmente una cooperación necesaria, pero indicar meramente donde puede conseguirse, complicidad.

En el art. 143,2 hay que incluir también la realización de actos ejecutivos del plan que no sean actos de matar, como preparar el veneno, verterlo en la bebida para que el suicida la beba, etc.; pero todo aquello que constituya un acto de ejecución de la muerte entraría

en el apartado 3 (cfr. *infra*). Se discute en la doctrina la posibilidad de la omisión. El que, teniendo a su cargo la custodia de un armario con tóxico o con armas de fuego, deja que el que quiera suicidarse coja el tóxico o una pistola, sabiendo que los va a utilizar para suicidarse, realiza una cooperación por omisión al suicidio, ya que, sin dicha omisión, éste no se hubiera producido o, por lo menos, no se hubiera producido en esas condiciones. El problema es la fuente de la posición de garante en este caso, que no sólo se fundamenta por la situación de peligro creada con la conducta omisiva, sino que deben estar presentes también especiales deberes de custodia del sujeto que no impide el suicidio respecto a los medios empleados por el suicida para darse muerte y sobre el comportamiento del suicida mismo, sobre todo cuando éste es un enfermo mental o una persona aquejada de una fuerte depresión y el que no impide su suicidio y no interviene para evitarlo, pudiendo hacerlo, es la persona encargada de vigilarla o tratarla. Por el contrario, la mera pasividad ante el suicidio que no se tiene obligación de evitar, el no cortar la soga del ahorcado, cuando éste aún no ha muerto o el no avisar a un médico, cuando el suicida se está desangrando, fundamentan sólo el castigo por un delito de omisión del deber de socorro (art. 195), ya que al no haber sido creada previamente la situación de peligro por el que omite el socorro, la omisión de socorro no es la causa del mismo (en este sentido, GÓMEZ RIVERO, pp. 906 y 916 ss.).

En la práctica, la punibilidad de la cooperación al suicidio por omisión depende de la prueba del dolo del cooperador. Muchas veces las conductas pasivas que favorecen el suicidio de otra persona no son más que imprudencias de quienes, por razones profesionales o familiares, tienen la obligación de controlar y vigilar a depresivos con tendencias suicidas y negligentemente dejan a su alcance productos tóxicos o armas de fuego. Pero la calificación correcta será en estos casos la de homicidio por imprudencia, siempre que se den los requisitos de esta forma de imputación.

> La STS de 8 de julio de 1985 aplicó también la calificación de homicidio por imprudencia en un caso en el que el amigo de la chica con la que convivía permaneció toda una noche sin pedir auxilio médico, ni socorrerla, a pesar de que ésta se había tomado un producto tóxico tras una discusión con él, diciendo que ya no quería vivir más, muriendo al día siguiente tras una horrible agonía que el amigo presenció sin intervenir (véase el comentario crítico a esta sentencia de SILVA SÁNCHEZ, 1987).

Excurso: Especial consideración de las huelgas de hambre y del rechazo de tratamientos médicos

Más problemática se presenta la no prestación de asistencia médica por parte de médicos o funcionarios en caso de *huelgas de hambre en las cárceles*. Admitiendo que la huelga de hambre haya llegado al punto de no retorno en el que la continuación de la misma coloque al huelguista en peligro inminente de muerte, la no prestación de auxilio médico podría llegar a constituir un delito, pero, a mi juicio, éste no sería de cooperación necesaria al suicidio, sino de *homicidio*. Para ello tendrían que darse, sin embargo, una serie de requisitos:

1º) Peligro inminente de muerte.

2º) Propósito eventual del huelguista de llegar hasta el fin.

3º) Una posición de garante que, en estos casos, se deriva, aparte del carácter funcionarial del médico, de la propia *situación* en que se encuentra el huelguista recluso frente a la Administración penitenciaria, cuyos funcionarios son los únicos que están en condiciones de prestarle ayuda.

4º) Pérdida permanente de consciencia o debilitamiento de la misma en el huelguista hasta el punto de que éste no esté ya en condiciones de decidir libremente o, por lo menos, con una voluntad jurídicamente relevante.

Si se dan estos requisitos, no creo que pueda hablarse de auténtico suicidio y, por tanto, de cooperación necesaria al mismo. A mi juicio constituye un error, aunque por distintas razones, equiparar el rechazo a determinados tipos de tratamiento (por ej., transfusión sanguínea en los testigos de Jehová) o de la alimentación forzosa en los casos de huelga de hambre reivindicativa, con el intento de suicidio, como hace Díez Ripollés (en Comentarios I, pp. 247 ss.). En realidad, ni el huelguista ni el enfermo que rechaza la transfusión tienen voluntad de morir, sino de conseguir su reivindicación o simplemente de curarse de una forma que no requiera la transfusión, y ello tiene que ser respetado en el caso del huelguista mientras esté consciente; en el caso del enfermo que rechaza un determinado tratamiento incluso aunque caiga en estado de inconsciencia, porque aquí no se trata ni siquiera de aceptar el resultado eventual de la muerte, sino de intentar evitarlo con un tratamiento distinto que incluso se estima más eficaz (sea un sistema alternativo al de la transfusión sanguínea, sea mediante otro tipo de recursos). En el caso del huelguista, cuando su voluntad no pueda ser ya manifestada o no se pueda conocer si ha cambiado de opinión, tampoco puede hablarse en rigor de suicidio, porque realmente nunca quiso morir, sino conseguir sus reivindicaciones. Pero, precisamente desde este momento, y en la medida en que la voluntad de seguir la huelga no puede ser ya manifestada, surgen ya para los demás (familiares, médicos, Administración) la obligación de alimentarle, incurriendo en caso contrario, no ya en un delito de cooperación al suicidio, sino en un verdadero homicidio en comisión por omisión.

Naturalmente que con la alimentación forzosa puede frustrarse el propósito originario del suicida de llegar hasta el fin. Pero desde el momento en que ya no puede expresar su voluntad, no podemos saber, sino presumir o conjeturar, qué es lo que realmente quiere, si ha cambiado o no de opinión.

La duda debe resolverse en este caso en favor de la vida. A esta conclusión obligan también poderosos argumentos humanitarios y políticos. Un respeto a ultranza de la voluntad del huelguista, incluso cuando éste ha perdido la consciencia, puede ser para cualquier Gobierno un cómodo expediente para desembarazarse de sus más temidos adversarios políticos. Bastaría con colocarlos en una situación desesperada o excesivamente opresiva en prisión, para, aun de un modo indirecto, inducirles a la huelga de hambre, dejando luego simplemente, en un «escrupuloso y democrático» respeto a la libertad individual, que ésta llegue hasta el final.

Tampoco puede admitirse la tesis contraria que propugna la alimentación forzosa incluso antes de que el huelguista haya perdido la consciencia. Pues la huelga de hambre reivindicativa, mientras el huelguista esté consciente, en ningún caso puede considerarse como un auténtico suicidio. La voluntad del huelguista es, en estos casos, conseguir su objetivo reivindicativo, no morir, aunque para ello asuma el riesgo de perder la vida o dañar seriamente su salud. Privar a alguien del derecho a reivindicar, incluso de una forma tan anómala y peligrosa como una huelga de hambre, supone un auténtico delito contra su libertad (sobre este problema, véanse los trabajos de Luzón Peña y Díez Ripollés, y sobre la distinción entre autopuesta en peligro y autolesión y suicidio, García Álvarez). La STC de 27 de junio de 1990, que resolvió la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la Administración penitenciaria para alimentar forzosamente a los reclusos del GRAPO en huelga de hambre, mantuvo un punto de vista parecido al que aquí se propone, considerando, además, en consonancia con la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982, que lo determinante no es sólo la actuación contraria a la voluntad del huelguista, sino que ello suponga también una humillación o envilecimiento de su dignidad personal o integridad moral, que no se da cuando se procede a la alimentación del huelguista en caso de peligro inminente de muerte de éste (véase Romeo Casabona, 2004, pp. 140 s. y también *infra*: Delitos contra la integridad moral).

Tipo subjetivo

Sólo es posible la comisión dolosa. El que coopera con actos necesarios al suicidio de otro ha de conocer la voluntad de privarse de la vida de la otra persona y querer auxiliar a este fin, aunque respecto a la necesidad de la cooperación basta con que tenga conciencia de la importancia de la cooperación (cfr. STS 15 noviembre 1977).

En caso de concurrencia de una acción de inducción con otra de cooperación necesaria al suicidio, esta última conducta sería un *acto posterior impune* por quedar subsumida en el hecho de la inducción, salvo que se trate de una cooperación ejecutiva al suicidio, castigada con mayor pena que la inducción (cfr. *infra*).

COOPERACIÓN EJECUTIVA AL SUICIDIO

El art. 143,3 castiga con la pena de prisión de seis a diez años «si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte».

El hecho típico de este tercer supuesto es también una cooperación, pero de índole ejecutiva. Es decir, no sólo se coopera, sino que se lleva esta cooperación hasta el punto de ejecutar la muerte del que no quiere vivir más. Pero no por ello debe decirse que estamos aquí ante una especie de «homicidio consentido», como sostiene DÍEZ RIPOLLÉS (en Comentarios I, p. 221), y que el que ejecuta la muerte es el autor principal del delito. El verdadero autor en sentido material sigue siendo el que no quiere vivir más, que es el que tiene el dominio del hecho u organiza su propia muerte, aunque ésta sea ejecutada por otra persona. El que produce la muerte es un mero partícipe en esa decisión, aunque tal participación llegue al punto de ejecutar materialmente la muerte. En este sentido, señala con razón JAKOBS que este supuesto no es más que un suicidio realizado en «división del trabajo», que, para él, debería ser también impune, siempre que la petición del que no quiere vivir más fuera objetivamente razonable (en el Código penal alemán las otras formas de participación en el suicidio son impunes). No es éste el punto de vista del legislador español, que incluso castiga este supuesto de participación en el suicidio con una pena más grave que los otros dos, pero, en todo caso, una vez probado que se trata de una efectiva cooperación ejecutiva al suicidio, el hecho es castigado con una pena inferior a la prevista para el homicidio en el art. 138, pues, cuestiones de prueba aparte, la muerte «a petición» del que no quiere vivir más no es lo mismo ni por supuesto tan grave como matar a alguien en contra de su voluntad. Por otra parte, en la cooperación al suicidio pueden venir en consideración muchas veces motivaciones piadosas y humanitarias, como la de acortar los sufrimientos y dolores de quien sabe que va a morir pronto, que no pueden valorarse de la misma manera cuando se mata a alguien prescindiendo de su voluntad o incluso en contra de su voluntad. Precisamente por eso, en el apartado 4 del art. 143 se tienen en cuenta estas motivaciones para atenuar la pena, algo que sería impensable en el homicidio o el asesinato, pues, en todo caso, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre los límites de la eutanasia y la ayuda a morir (cfr. *infra*), siempre habrá una diferencia valorativa fundamental entre matar a alguien en contra de su voluntad y matarlo con su consentimiento.

Tipo objetivo

La *acción* consiste en que la cooperación llegue hasta el punto de «ejecutar la muerte». Son posibles todos los medios idóneos para ello, aunque es discutible si es admisible la comisión por omisión, lo que se niega en nuestra doctrina sobre la base de que en el Código penal se utiliza la expresión «ejecutar». Creo que si ambos sujetos, el que mata y el que no quiere vivir, se ponen de acuerdo por ejemplo en que la forma de producir la muerte sea dejando de suministrar uno al otro (enfermero-enfermo) una medicina, no hay inconveniente en admitir la comisión por omisión, siempre que el enfermero tenga el deber jurídico de suministrar la medicina y la posición de garante respecto a la vida del que quiere morir (en este sentido también GÓMEZ RIVERO, p. 913: «lo único que requiere es que el acto que provoca la muerte del suicida sea atribuible, en términos normativos, al comportamiento —activo u omisivo— de un tercero»; en contra DÍEZ RIPOLLÉS, en Comentarios I, p. 222).

Tipo subjetivo

Como en los demás supuestos es necesario el dolo, referido tanto a la acción letal misma, como al conocimiento de la voluntad seria y decidida del suicida.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA EUTANASIA

El apartado 4 del art. 143 dice: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».

Este precepto es la respuesta que el Código penal de 1995 ha dado al problema espinoso, candente y actual de la llamada *eutanasia*. Aunque esta respuesta no es la que muchos demandaban (véanse, por ej., las enmiendas del Grupo parlamentario de Izquierda Unida y su discusión en LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN) y desde luego se queda por debajo de las regulaciones adoptadas en otros países (una buena información al respecto en VARIOS, 1996; también en ROXIN/ MANTOVANI/

BARQUÍN/ OLMEDO) es, por lo menos, el punto de partida para una discusión en profundidad del problema, por más que el legislador haya querido cerrar la cuestión concediendo una atenuación en casos en los que probablemente se pueda llegar a una solución más justa y adaptada a la realidad.

Conforme a lo dicho anteriormente, toda cooperación dolosa con actos necesarios al suicidio, tanto más cuando es ejecutiva, es típica conforme a los apartados 2 y 3 del art. 143. Sin embargo, tanto en el caso del apartado 2, como en el del 3, caben situaciones en las que la cooperación en el suicidio pueda ser un acto humanitario realizado para acabar con los padecimientos inútiles de quien no quiere vivir más aquejado de una grave enfermedad, ayudándole, en el tránsito siempre difícil de morir, para que lo haga sin dolor.

La *eutanasia activa* tiene cada vez más partidarios que solicitan una regulación expresa del problema o simplemente la abolición del castigo de la cooperación al suicidio, que, según algunos, es incompatible con la libre autonomía individual consagrada en la Constitución (de esta opinión, por ejemplo, CARBONELL MATEU, 1991, p. 661. A favor de su constitucionalidad, DÍEZ RIPOLLÉS, en Comentarios I, p. 178, aunque considerando perfectamente lícito el suicidio; véanse también SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio).

No parece, sin embargo, político-criminalmente deseable dar a toda costa la primacía a la voluntad de quien no quiere vivir más hasta el punto de dejar impune todo tipo de colaboración en dicha decisión por parte de terceros, que incluso pueden actuar interesadamente o por lo menos sin la angustia y la tensión de quien no quiere vivir más. Piénsese en un enfermo incurable que consiente en que se acelere su muerte para que se le extraigan sus órganos vitales a cambio de una fuerte cantidad de dinero para sus herederos, o simplemente porque la perspectiva de una larga y penosa enfermedad, apenas comenzada (cáncer recién diagnosticado), le hace preferir la muerte, aunque aún no han comenzado los dolores. Dejando aparte problemas de prueba y de manipulación del consentimiento, el derecho a disponer sobre la propia muerte (suicidio), caso de que existiera, no hace surgir automáticamente un derecho de terceros a colaborar en el suicidio.

Hay, sin embargo, casos extremos en los que, sin perjuicio de aplicar causas de atenuación o incluso de exclusión de la culpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad, se debe incluso apreciar *el estado de necesidad como causa de justificación*, bien por la vía de la colisión de deberes (deber de respetar la vida *versus* deber de eliminar

el sufrimiento), bien por la de la ponderación de intereses (muerte *versus* sufrimiento), cuando el que padece una grave enfermedad que le provoca grandes dolores solicita libre y espontáneamente que se le ayude a morir o, incluso, que se le provoque la muerte. Sin embargo, el art. 143,4 del Código penal de 1995 no ha querido ir más allá de una atenuación, si bien relevante, de la pena (de «causa de justificación incompleta» habla DÍEZ RIPOLLÉS, en Comentarios I, p. 224, y de «delito de eutanasia», ROMEO CASABONA, 2004, pp. 125 ss.). Para que esta atenuación sea aplicable será necesaria la presencia de varios requisitos:

1º) Enfermedad grave y de riesgo mortal irreversible, o que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (generalmente cáncer terminal).

2º) Petición expresa, seria e inequívoca del enfermo.

Si se dan estos requisitos, la pena de los apartados 2 y 3 se atenúa en uno o dos grados cuando la cooperación consiste en causar o en cooperar activamente con actos necesarios y directos a la muerte. Por lo tanto, el apartado 4 penaliza, si bien de forma atenuada cuando se dan los requisitos antes señalados, la llamada *eutanasia activa*. Pero quedan fuera de su ámbito otras formas de cooperación como la *eutanasia pasiva*, es decir, la omisión de determinadas medidas que sólo sirven para prolongar artificial o innecesariamente la vida, cuya aplicación en contra de la voluntad del paciente podría incluso constituir un delito contra su libertad o su integridad moral, sobre todo cuando se hace con fines experimentales o no exclusivamente terapéuticos. El problema consiste en que no es tan fácil, como ha demostrado ROXIN (1976, pp. 239 ss.), distinguir en estos casos entre acción en sentido estricto (inyectar una dosis letal) y omisión (desconectar el aparato, lo que equivale a omitir el tratamiento que permite sobrevivir al paciente). Si desconectar el aparato se considera un comportamiento activo, entonces todo lo más cabrá la posibilidad atenuatoria prevista en el apartado 4 del art. 143; si se considera, por el contrario, como suspensión de un ulterior tratamiento y, por tanto, como una omisión del mismo, el hecho es atípico. La regulación del problema que hace el apartado 4 del art. 143 no sólo peca, pues, de insuficiente, sino que además complica innecesariamente la cuestión, al hacer recaer el acento en una cuestión accesoria, cuando lo que realmente importa es que se den los requisitos antes señalados (el objetivo de la enfermedad con pronóstico de muerte inmediata o de los graves padecimientos, y el subjetivo de la petición expresa, seria e inequívoca del enfermo), lo

que, a mi juicio, debería llevar a admitir el *estado de necesidad como causa de justificación* (art. 20,5º; cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2000, pp. 107 ss., que también critica la redacción legal, pero que considera que con ella se excluye en todo caso la aplicación del estado de necesidad).

> Así, por ejemplo, en el caso de la muerte del tetrapléjico Ramón Sampedro sería, a mi juicio, indiferente, si él mismo tomó el vaso en el que alguien había vertido el veneno, que un tercero dejó a su alcance, o si el veneno se lo hubiera inyectado la persona misma que le ayudó a morir, pues lo importante es saber (y probar) si se dan los presupuestos del estado de necesidad, es decir, si su petición era expresa, seria e inequívoca, es decir, objetivamente razonable, y su enfermedad le producía graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, aunque no necesariamente le condujeran a la muerte a corto plazo (en realidad, llevaba veinte años de padecimiento inmóvil en una cama sin poder valerse por sí mismo, ni siquiera para las funciones fisiológicas más elementales).

Naturalmente, ningún problema de responsabilidad penal hay cuando el tratamiento se omite porque ya ha sobrevenido la muerte cerebral, o cuando el tratamiento médico se hace sólo para mitigar los dolores sin acortar sensiblemente la vida del paciente (*ortotanasia*, también llamada *eutanasia activa indirecta*). Igualmente queda fuera del ámbito de la tipicidad la cooperación no necesaria, lo que plantea su delimitación con lo que se entiende por cooperación necesaria. Sin embargo, la inducción al suicidio de quien se encuentra en las circunstancias descritas en el apartado 4 sigue siendo punible en toda su extensión, lo que parece correcto para evitar cualquier influencia de tercero en una decisión que sólo corresponde tomar al paciente que se encuentre en dichas circunstancias.

El problema de la eutanasia dista, pues, mucho de haber sido bien y definitivamente resuelto con lo que se dice en el apartado 4 del art. 143. En el fondo de la discusión en torno a la eutanasia late más que nada la preocupación de que se pueda llevar a cabo de manera deshumanizada o de forma masiva en los centros hospitalarios o que, en los casos de inconsciencia o de poca lucidez del enfermo, se pueda acabar con la vida de una persona sin que ésta así lo solicite, o lo haya solicitado antes expresa y seriamente. A este respecto, el art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, reconoce al mayor de edad capaz el derecho a redactar unas «instrucciones previas» en las que manifieste anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamiento de su salud, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a una situación en

que no pueda expresarla personalmente (véanse SILVA SÁNCHEZ, 2003, ROMEO CASABONA, 2004, p. 135, y BAJO FERNÁNDEZ, 2004). Sin embargo, esta voluntad previamente manifestada nunca puede ponerse por encima de la voluntad misma realmente existente en el momento en que se aplique la medida eutanásica (a favor de la relevancia del «testamento vital», MUÑAGORRI LAGUÍA, 1994, pp. 82 ss.; en contra JUANATEY DORADO, 1994, p. 120). Lo más importante es, a mi juicio, delimitar aquellas situaciones terminales o extremas en las que, bien contando con la voluntad expresa, bien prescindiendo de ella cuando no puede conocerse, pero nunca en contra de la misma, puede aplicarse una medida o dejar de aplicarse un tratamiento, produciendo la muerte de quien se encuentra en esa situación. La situación objetiva del paciente es, pues, tan importante como la voluntad del mismo. Si se prescinde de aquélla estaremos sin más en la ayuda al suicidio que, con todas las limitaciones que haya que hacer, es, en principio, punible conforme al art. 143. Si se prescinde por completo de la voluntad, estaremos en presencia de lo que, en principio, hay que calificar como un homicidio e incluso como un asesinato, cualquiera que sea la motivación del autor del mismo, motivación a tener en cuenta todo lo más en la determinación de la pena (y no siempre como circunstancia atenuante; piénsese en que el móvil puede ser simplemente lucrativo, de comodidad, económico, etc.). Sin embargo, en algunos casos hay situaciones límites (recién nacidos con graves lesiones, politraumatizados en estado de inconsciencia permanente) en las que, a la vista de la falta de perspectivas de evolución favorable y de adquisición o recuperación de la consciencia y ante la gravedad objetiva de las lesiones, podría plantearse la posibilidad tanto de interrumpir un tratamiento, como de aplicar alguna medida eutanásica, sin que ello engendrara responsabilidad penal para el que lo lleve a cabo. La imposibilidad de recabar el consentimiento obliga en estos casos a decidir entre dos opciones, *calidad* y *santidad* de la vida, a cuál más importante y respetable. El conflicto sólo puede resolverse en Derecho penal en el ámbito del *estado de necesidad*, como causa de justificación, y no simplemente en el ámbito de las causas de exculpación o de atenuación de la pena, pues no se trata de perdonar, de comprender una actuación determinada en unas circunstancias dramáticas, sino de autorizar y regularizar una forma de ayuda a morir con dignidad y sin sufrimiento que puede ser absolutamente loable.

> La dificultad de resolver estos casos límites por la vía interpretativa, dada la estricta redacción del apartado 4 del art. 143, que sólo permite, para

los supuestos de eutanasia activa, la atenuación cualificada de la pena, y las mismas connotaciones emocionales o valorativas, difícilmente objetivables, que siempre inciden en la valoración de acciones de este tipo (curiosamente el delito ha sido excluido del ámbito del juicio por Jurado), hacen aconsejable una regulación expresa del problema similar a la que se está planteando en otros países, y no sólo en sus aspectos penales, sino también en la elaboración de todo un procedimiento que permita adoptar decisiones de este tipo con toda clase de garantías tanto para el paciente, como para el personal médico que tenga que llevar a cabo estas medidas (véase, por ej., el Proyecto Alternativo alemán, ADP 1988, pp. 833 ss.). La doctrina española se ha ocupado ya con cierta extensión del problema, propugnando, en general, una solución más amplia que la que se ha incluido en el apartado 4 del art. 143, apreciando en algunos de estos casos el estado de necesidad, bien como causa de justificación (así JUANATEY DORADO, NÚÑEZ PAZ, VALLE MUÑIZ y GARCÍA ARÁN), bien como causa de exculpación (así TORÍO LÓPEZ, ROMEO CASABONA, ZUGALDÍA ESPINAR). Más radicales parecen las propuestas de quienes propugnan la primacía de la libertad y, por tanto, del consentimiento sobre la vida (CARBONELL MATEU, CABELLO/ GARCÍA/ VIQUEIRA), criticando la pacata regulación legal (cfr., por ej., LANDROVE DÍAZ, MUÑAGORRI LAGUÍA). Una mayor objetivización de los supuestos en los que podría permitirse la eutanasia, incluso cuando el paciente no esté en condiciones de prestar su consentimiento, propone GARCÍA RIVAS, pp. 149 ss. Una solución liberalizadora desde el punto de vista de *lege ferenda* y ético-cristiano propugna BERISTAIN IPIÑA (véanse obras citadas en la bibliografía de este capítulo). En los Manuales y Comentarios, la regulación prevista en el art. 143,4 ha sido acogida con reservas y críticas, aunque, en general, se valora positivamente la atenuación de la pena y se piensa que se debería haber llegado a la exención total de pena (véase GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 99; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 418; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO, Comentarios, p. 708, quien, en todo caso, propone que se reserve la atenuación o exención de pena a los supuestos realizados bajo control médico; SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS, p. 59. SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en SERRANO BUTRAGUEÑO, Comentarios, p. 965; CARBONELL MATEU, en VIVES, Comentarios I, p. 764, y SERRANO GÓMEZ, p. 63, critican, además, la vaguedad de los términos empleados, que a juicio del último hacen el precepto prácticamente inaplicable).

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

CAPÍTULO III

Consideraciones generales y político-criminales. Aborto

Bibliografía: *Sobre la situación previa al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto y Constitución*, RFDUC monográfico 3, 1980; el mismo, *La indicación eugenésica*, RFDUC monográfico 11, 1986; AYUSO GARCÍA, *Enfermedades genéticas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; AYUSO GARCÍA/ RAMOS CORRALES, *La indicación eugenésica*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; BERISTAIN IPIÑA, *Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológicojurídicas*, ADP 1981; BERMÚDEZ DE LA FUENTE, *Aborto en el extranjero*, Anuario de la Escuela Judicial 1980; BORJA JIMÉNEZ, *Aborto y estado de necesidad motivado por una grave situación económica y social*, RGD 1991; CARBONELL MATEU, *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto*, CPC 1991; CARMONA SALGADO, *Homicidio y lesiones a consecuencia del aborto o prácticas abortivas*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; CEREZO MIR, *La regulación del aborto en el nuevo Proyecto de nuevo Código penal*, ADP 1982; COBO DEL ROSAL/ CARBONELL MATEU, *El aborto en el Código penal español*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, Barcelona 1955; CUERDA ARNAU, *Aborto y estado de necesidad. Reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1990*, PJ 1991; CUERDA RIEZU, *Comentario a la «Sentencia de Bilbao»*, CPC 1982; el mismo, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto de un Nuevo Código Penal*, DJ 1983; DE MIGUEL ZARAGOZA, *Elementos para una interpretación del art. 15 de la Constitución (Derecho a la vida) a la luz del Derecho Internacional*, BIMJ 1980; DE VICENTE REMESAL, *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva Ley del aborto*, La Ley 1985; DEL RÍO Y PARDO, *Algunas consideraciones sobre la descriminalización de algunos supuestos de aborto, tras la Ley Orgánica 9/ 1985 de 5 de julio*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; DEL ROSAL, *Aborto con resultado muerte*, en Estudios Penales, Madrid 1948; DÍAZ RECASÉNS, *Las malformaciones congénitas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; el mismo, *Técnica de tratamiento de diagnóstico prenatal*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; DÍEZ RIPOLLÉS, *Fundamento y naturaleza del artículo 417 bis y su relación con las eximentes genéricas*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; el mismo, *Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; el mismo, *El artículo 417 bis del Código penal y su naturaleza jurídica*, en

Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; el mismo, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis del Código penal*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; el mismo, *El fundamento específico de la indicación eugenésica*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; ECHEVARRÍA MAYO, *Enfermedades infecciosas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; FARRÉ TREPAT, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, ADP 1990; GAFO, J., *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Santander 1979; GARCÍA ARÁN, *La objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo*, RJCat. 1987; GARCÍA MARÍN, *EL aborto criminal en la legislación y en la doctrina*, Madrid 1980; GARCÍA VITORIA, *El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones actuales*, ADP 1981; el mismo, *Observaciones sobre el tema del delito de aborto en España*, Boletín Informativo de la Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Granada núm. 9; el mismo, *El delito de aborto cometido en el extranjero*, Boletín Informativo de la Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Granada núm. 14; el mismo, *El tipo básico de aborto*, Pamplona 1981; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid 1990; GONZÁLEZ LLANAS, *El aborto provocado y la Ley de 24 enero 1941*, RGLJ 1941; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Aborto y planificación familiar, aspectos sociológicos*, Revista Española de Investigaciones Sociológicas 1979; el mismo, *El aborto en España: análisis de un proceso socio-político*, Madrid 1992; HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado muerte o lesiones graves*, Madrid 1977; el mismo, *Criterios para la reforma del delito de aborto*, CPC 1979; el mismo, *Crítica a la nueva doctrina jurisprudencial sobre extraterritorialidad de la Ley penal española en materia de aborto*, La Ley 1984; IGLESIAS TUSSEL, *El aborto: un estudio sociológico sobre el caso español*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid 1980; JIMÉNEZ ASENJO, *El anticoncepcionismo ante la moral y la ley penal*, Madrid 1946; JIMÉNEZ VARGAS/ LÓPEZ GARCÍA, *Aborto y contraceptivos*, 2ª ed., Pamplona 1979; JORGE BARREIRO, Agustín, *El aborto en la reforma penal española (1980-1992)*, EPC 1993/1994; KAISER, *Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo*, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, Barcelona 1976; el mismo, *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho Penal*, en Derecho y Proceso, Murcia 1980 (también en CPC 1980); el mismo, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, en La Reforma Penal y Penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; el mismo, *El aborto en el futuro Código penal*, RFDUC monográfico 6, 1983; el mismo, *La tímida despenalización del aborto en España*, EPC 1985/1986; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona 1990; el mismo, *La evolución dogmática del estado de necesidad con motivo del aborto terapéutico*, en La evolución del Derecho en los últimos diez años, Universidad de Málaga 1992; el mismo, *Reflexiones sobre la reforma del aborto*, AP 1994; LUZÓN PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto: requisitos generales*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989 (también en PJ 1989); MARTÍNEZ MORÁN, *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, RFDUC monográfico 2,

1979; MIR PUIG, *Aborto en el extranjero*, AJ 1981; el mismo, *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, RJCat. 1982; MUÑOZ CONDE, *Aspectos jurídicos de la planificación familiar*, I Jornadas sobre población y planificación familiar (Aranguren, Linhard, Muñoz Conde, Salvatierra), Valladolid 1980; el mismo, *La esterilización de los deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994*, RDGH 1995; NÚÑEZ BARBERO, *Significación y trascendencia actual del sistema romano de la «portio mulieris» en el aborto consentido*, ADP 1990; ORTS GONZÁLEZ, *Precisiones políticocriminales sobre la incriminación del aborto en la legislación española*, en Estudios jurídicos sobre la reforma penal, Córdoba 1987; PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, *La circunstancia cualificativa de profesionalidad en el delito de aborto*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; PAMPOLS ROS/ RIBES RUBIÓ, *Enfermedades metabólicas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; PECES MORATE, *El aborto: su significante penal y procesal*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1982; PERERA GONZÁLEZ/ SÁNCHEZ-CASAS PADILLA, *La indicación terapéutica. El grave peligro para la vida o la salud física de la embarazada*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; PORTERO GARCÍA, *¿Es inconstitucional el aborto?*, PJ 1982; RAMOS CORRALES, *Enfermedades cromosómicas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, en Derecho Penal y Constitución, Madrid 1982; RODRÍGUEZ RAMOS, *La pena de inhabilitación especial en el aborto*, en Temas de Derecho Penal, Madrid 1977 (también en CPC 1977); ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídicopenales*, La Ley 1987; el mismo, *La reforma penal del aborto. Límite mínimo, figuras delictivas y sistema de las indicaciones (I y II)*, AP 1992; el mismo, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994; SAINZ CANTERO, *Sondeo a la opinión estudiantil universitaria de Granada sobre la incriminación del aborto y su regulación actual*, Revue Internationale de Droit Penal, Actes du Premier Colloque Regional Espagnol 1978; SERRANO BUTRAGUEÑO, *El cuarto motivo: la despenalización del aborto por razones socioeconómicas*, La Ley 1991; SERRANO CALDERÓN, *Aspectos jurídicos y morales de la despenalización del aborto en los supuestos de previsibles anormalidades del feto*, RGLJ 1983; SERRANO GÓMEZ, *Supuestos de aborto no punible del art. 417 bis del Código penal*, AP 1987; SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADP 1966; el mismo, *Aplicación del nuevo artículo 1 del Código penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, EPC 1984/1985; SUÁREZ RODRÍGUEZ/ RUBÍ CID, *La indicación terapéutica. El grave peligro para la salud psíquica de la embarazada*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; VARIOS, *Interrupción voluntaria del embarazo*, II Jornadas italo-luso-franco-españolas, Ávila 1981; VARIOS, *La despenalización del aborto*, Mir Puig (edit.), Barcelona 1983; VIVES ANTÓN, *Valoraciones éticosociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*, REDC 1986.

Sobre el Código penal de 1995: ALTÉS MARTÍ, *El aborto: sistemas despenalizadores*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999; BACIGALUPO, S./ GROPENGIESSER, *La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española*, CPC 1996; DOLZ LAGO, *Menores embarazadas y aborto ¿quién decide?*, AP 1996; FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Interrupción voluntaria del embarazo y consentimiento de la mujer*, en CGPJ-Manuales de Formación Continuada 1999; FLORES PÉREZ, *El aborto: cuestiones generales y tipos*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999; HIGUERA GUIMERÁ, *El proceso de despenalización del aborto en España*, AP 1997; el mismo, *El Derecho penal y la eugenesia*, AP 1998; LEMA AÑÓN, *Consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo*, JD 2002; MARÍN GÁMEZ, *Aborto y Constitución*, Jaén 1996; MOLINA BLÁZQUEZ/ SIERRA MUCIENTES, *El delito de aborto: dimensión constitucional y penal*, Barcelona 2000; ROMEO CASABONA, *Objeción de conciencia y aborto*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997.

En lengua castellana, pero referida a la situación de la República Federal Alemana, cfr. también ESER, *Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; el mismo, *Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado*, AP 1994; GOESSEL, *La reforma del delito de aborto en Alemania*, CPC 1978; HIRSCH, *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana*, en La reforma penal, Madrid 1982; JAKOBS, *¿Existe un aborto lícito de personas?*, PJ 2000; ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid 1976; el mismo, *El desarrollo del Derecho sobre el aborto de la República Federal Alemana*, RJCat. 1980; ZODER, *Reforma y regulación del aborto a la luz de la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán*, ADP 1996.

CONSIDERACIONES GENERALES Y POLÍTICO-CRIMINALES

Bajo el nombre *«Del aborto»* se recogen en el Título II del Libro II del Código penal una serie de conductas que afectan a la vida humana no independizada. *Bien jurídico protegido* en todo el Título II es la vida del feto o vida humana dependiente. Pero la protección jurídico-penal de la vida humana en su fase dependiente ofrece particularidades que la distinguen necesariamente de la protección jurídico-penal que se brinda a la vida ya independizada.

En primer lugar, la vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el feto y la embarazada determina una especial relación de dependencia de aquél respecto a ésta que condiciona la protección jurídico-penal que, en principio, merece la vida humana dependiente. Ciertamente nada habría que objetar a una protección absoluta de la vida dependiente si la continuación de un embarazo no afectara también a otros bienes jurídicos dignos de protección, como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada.

Pero muchas veces el embarazo afecta seriamente a esos otros bienes jurídicos, planteándose un *conflicto de intereses* que debe resolverse conforme al principio general de salvaguarda del *interés preponderante*.

El problema jurídico se plantea porque algunos consideran que el interés preponderante es, en todo caso, la vida dependiente, es decir, el feto, convirtiendo a la mujer embarazada en simple receptáculo de un ser superior al que deben rendirse todos los demás intereses en juego, incluidos los de la embarazada misma (su vida, su salud, su libertad, etc.). Otros, en cambio, consideran que el interés preponderante es siempre el de la mujer embarazada, constituyendo el feto una simple prolongación del vientre de la mujer, carente por completo de protección al margen de la que merece la mujer misma.

La primera postura, coincidente con la oficial de la Iglesia Católica, defiende una penalización total del aborto provocado, sin ningún tipo de excepciones. Es la postura que adoptó tradicionalmente el legislador español hasta la reforma de 1985. La segunda postura conduce consecuentemente a una despenalización total del aborto realizado con consentimiento de la embarazada, a la que se le reconoce un derecho absoluto a disponer de su propio cuerpo («mi vientre me pertenece»).

Frente a estas dos posturas, ideológicamente enfrentadas, se ha ido abriendo en los últimos treinta años en el Derecho comparado una *postura intermedia* que, partiendo de la protección jurídico-penal que merece también la vida dependiente y, por tanto, de la punibilidad de toda destrucción voluntaria de la misma, procura tener en cuenta los intereses de la embarazada afectados por el embarazo, admitiendo, mediante la creación de los oportunos instrumentos legales, un número mayor o menor de excepciones a esa punibilidad genérica del aborto que se acepta como punto de partida.

A esta solución, generalmente admitida tanto en los textos legales, como doctrinales, se ha llegado tras una larga polémica tan estéril como simbólica, en la que se ha ventilado más un problema político o ideológico que un auténtico problema jurídico-penal. En realidad, hace ya mucho tiempo que el aborto ha dejado de ser un problema jurídico-penal. El avance creciente de la Medicina en esta materia, una

adecuada planificación familiar, la participación de la mujer en la vida social en condiciones similares a las del hombre, los problemas sociales y económicos que plantea una familia numerosa y la cada vez más fuerte conciencia de la mujer de sus propios derechos y autonomía, han debilitado la prohibición penal del aborto hasta el punto de, incluso sin reforma legal alguna, convertirla en una norma obsoleta verdaderamente inútil y disfuncional. Frente a los 300.000 abortos ilegales que se practicaban en España anualmente, según se ponía de relieve en plena dictadura franquista en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1974, el Código penal quedaba como un puro símbolo que se aplicaba, alguna vez, a alguna mujer y/o colaborador que, por puro accidente, tenía la desgracia de caer en las redes de la Administración de Justicia. Alguna sentencia condenatoria aislada y alguna decisión jurisprudencial, como la de la STS de 20 de diciembre de 1980, declarando punible el aborto de española realizado en el extranjero, quedaron más como testimonio de una «cerrazón inútil» ante una realidad completamente diferente, que como el restablecimiento de la vigencia de un orden jurídico que en esta materia se infringía, de un modo u otro, masivamente.

No ha sido, sin embargo, fácil la transición de la situación legal anterior a la tímida despenalización que se contiene ahora en la vigente regulación. Tras las elecciones de octubre de 1982, el Gobierno socialista, con el respaldo de una mayoría parlamentaria absoluta, redactó un Proyecto de reforma en el que se acogían expresamente las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. Dicho Proyecto fue impugnado por el Grupo Popular que, una vez aprobado por las Cortes, presentó un recurso de anticonstitucionalidad (BOE 13 diciembre 1983) que en aquella época determinaba la suspensión de la entrada en vigor de la Ley impugnada. El Tribunal Constitucional declaró en sentencia de 11 de abril de 1985 que el citado Proyecto era «disconforme con la Constitución, no *en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto*, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución».

Sin entrar ahora en si el Tribunal Constitucional se excedió en sus atribuciones al declarar inconstitucional una Ley no en razón de su contenido, sino de determinadas omisiones o carencias que podía recomendar subsanar, pero no imponer al legislador, lo cierto es que dejaba clara la constitucionalidad de una regulación que permitiera el aborto en las situaciones previstas en el Proyecto e, incluso, en otras más amplias. El Tribunal Constitucional indicó, además, que la vida

humana dependiente es un bien jurídico que el Estado debe proteger, pero que el feto no es titular de ningún derecho subjetivo; que la protección jurídica del feto no tiene por qué dispensarse exclusivamente a través del Derecho penal, ni en ningún caso puede considerarse como una protección absoluta, sin excepciones; y, finalmente, que los derechos a la vida, la salud, la libertad y la dignidad de la mujer son también derechos fundamentales que igualmente deben ser protegidos por el Estado.

Con este aval, que algunos entendieron precisamente como lo contrario, rápidamente se reformuló el Proyecto originario que, con diversas matizaciones, se convirtió en Derecho vigente por Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que introducía en el Código penal el art. 417 bis con el contenido al que después se aludirá (cfr. *infra*: causas de justificación).

La nueva regulación despenalizadora del aborto fue acompañada, sin embargo, de una estricta reglamentación administrativa (Orden 31 julio 1985) que prácticamente dejaba en manos de una Comisión «técnica» los casos incluibles en la indicación eugenésica o terapéutica. La Orden fue interpretada tan restrictivamente en algunos casos que prácticamente se bloqueó la entrada en vigor del nuevo art. 417 bis. Unas veces eran trámites burocráticos que dilataban la posible realización del aborto por encima del plazo permitido legalmente; otras veces se negaba simplemente que existiera indicación terapéutica alguna, dándose el caso de que en algún centro hospitalario se denegaba lo que se admitía en otro, con lo que las mujeres se veían obligadas a ir de un lado para otro en un espectáculo verdaderamente lamentable y poco edificante.

Ante esta situación, el Gobierno promulgó el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en el que se facilitan enormemente los trámites burocráticos, se prescinde de las Comisiones y, sobre todo, se diferencia entre abortos que no impliquen alto riesgo y abortos de alto riesgo, siendo para el primer caso verdaderamente fácil la realización del aborto una vez emitidos los dictámenes preceptivos tanto en el aborto terapéutico, como en el eugenésico (cfr. arts. 1 y 6 del Real Decreto).

Pero la lucha continuó. Este Real Decreto fue recurrido al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales ante la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo que, tras diversas peripecias de índole orgánica y procedimental, rechazó el

recurso, revocando la suspensión del Real Decreto en sentencia de 12 de mayo de 1988, quedando, pues, por ahora, dicho Real Decreto como el Derecho vigente que regula la parte administrativa en esta materia. Lo que aparentemente era sólo un problema administrativo se había convertido en el último (?) bastión de una batalla, en la que la lucha contra la despenalización del aborto en algunos supuestos no es más que un pretexto para continuar la lucha política e ideológica que se lleva a cabo en otros ámbitos.

Por todo ello, no es extraño que en el Código penal de 1995 se dejaran las cosas tal como estaban antes de la aprobación de dicho Código, es decir, con la regulación prevista en el art. 417 bis del Código penal anterior y con la legislación administrativa complementaria que se mantiene en vigor en la Disposición Derogatoria Única 1,a del Código de 1995, fracasando un último intento de los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida para hacer prosperar un Proyecto de Ley de Interrupción del Embarazo, rechazado por los demás Grupos días antes de que se agotara la legislatura en diciembre de 1995. Lo mismo ha sucedido posteriormente en varios intentos habidos para modificar la regulación vigente en 1997, 1998 y 2001. El aborto provocado sigue siendo, pues, delito, salvo algunas excepciones que nadie que esté en su sano juicio puede cuestionar seriamente. Pero el problema social y político que representa el aborto se está resolviendo al margen del Derecho penal, sin que nadie piense a estas alturas que el Derecho penal puede resolver en esta materia ningún problema, ni proteger eficazmente la vida del feto. Si el Derecho penal en este ámbito sirve para algo es para castigar el aborto realizado sin consentimiento o con un consentimiento viciado de la mujer, la impericia médica, o el aborto realizado en malas condiciones higiénicas o por personas incompetentes o con cualquier finalidad lucrativa, para asegurar, en definitiva, a la mujer un trato digno y un respeto a su libertad en una decisión que sólo a ella incumbe. Lo demás es pura ideología y la utilización del Derecho penal como el «brazo secular» al que relegar a todo aquél que no comulgue con doctrinas y teorías, todo lo respetables que se quiera, pero que no pueden pretender imponerse a los que no las comparten utilizando para ello la vía de la represión penal. No es la regulación actual, ciertamente, una regulación plenamente satisfactoria, pero con las excepciones de punibilidad admitidas, complementadas con la reglamentación administrativa del Real Decreto 2409/1986, se pueden resolver los problemas más acuciantes que deciden a una mujer a abortar y a otras personas a

ayudarla en su decisión, sin que el Derecho penal sea una especie de «espada de Damocles» que en cualquier momento pueda caer sobre sus cabezas. Las cuestiones morales, sociales o económicas deben ser resueltas, pues, en los ámbitos pertinentes sin la interferencia coactiva del Derecho penal.

Tras estas consideraciones generales, volvamos a la realidad legal del Derecho penal, en el que, en principio, todo aborto provocado es punible, salvo las excepciones que se verán en su momento. El que esas excepciones sean, de hecho, más o menos amplias, dependerá más de la realidad social que de la propia normativa jurídico-penal existente.

ABORTO

En el ámbito del Derecho penal el aborto puede definirse como la muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la madre, bien provocando su expulsión prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterina.

Bien jurídico protegido es, por tanto, la vida del feto o vida humana dependiente, sin excluir que, en algunos casos, se tengan en cuenta, además, otros intereses como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada (cfr. *infra* causas de justificación).

El comienzo de la vida dependiente. La cuestión del plazo

La vida humana dependiente, igual que la independiente, está sometida a unos límites temporales que condicionan su protección jurídico-penal. La expulsión o extracción del claustro materno es el límite que separa la vida dependiente y la vida ya independizada (véase *supra* capítulo I). Mayores dificultades presenta la determinación del comienzo de la vida dependiente.

En épocas precientíficas anteriores al desarrollo experimentado por la Medicina y la Biología en el último siglo, se resolvía el problema acudiendo a criterios filosóficos o teológicos como el de la «animación», según el cual la vida comienza en el momento en que el cuerpo se une con el alma. La comprobación científica de que la reproducción humana realmente surge a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide permitió fijar el comienzo de la vida en ese momento, llamado de la *fecundación*. La posterior evolución de la Medicina ha obligado, sin embargo, a revisar este criterio y a fijar el comienzo de la vida en otros momentos posteriores tales como la *anidación* en el útero del óvulo ya fecundado, el comienzo de la actividad cerebral en el feto, etc., que son determinantes de la existencia de algo más que un mero proceso biológico.

Una vez más nos encontramos en este problema, como en tantos otros, con un silencio de la propia naturaleza que no ofrece, por lo menos en los primeros meses del embarazo, datos inequívocos sobre el comienzo de la vida humana como algo digno de protección jurídica aunque sea todavía en su fase de dependencia.

La doctrina dominante se inclina por admitir el comienzo de la vida humana en el momento de la *anidación* o de la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, a los 14 días de la fecundación. A favor de esta solución se aducen varios argumentos:

1º) Sólo a partir de la anidación se produce una vinculación orgánica entre el embrión y la madre: el embrión se adhiere a la pared del útero y recibe de él los impulsos necesarios para su desarrollo. Hasta ese momento el embrión no tiene contacto fijo con el organismo materno y existe un 50% de probabilidades de que, por causas naturales, no llegue a anidar en el útero. Si todo acto de destrucción del óvulo fecundado fuera aborto, surgiría el problema de demostrar cuándo el óvulo fecundado murió a consecuencia de maniobras abortivas y cuándo por causas naturales.

2º) De admitir que la fecundación determina el comienzo de la vida, habría que considerar aborto la destrucción del óvulo fecundado en laboratorio (fecundación *in vitro*) antes de su implantación en el útero de una mujer, lo que supondría tanto como prohibir las técnicas de *reproducción asistida* (cfr. *infra* capítulo V y STC 23 junio 1999).

3º) La teoría de la anidación amplía el campo de acción de los medios anticonceptivos, cuya irrelevancia penal se deduce de que no inciden en la vida ya surgida. Precisamente, uno de los medios anticonceptivos más utilizados, el dispositivo intrauterino (DIU), actúa evitando la anidación del óvulo fecundado. Lo mismo puede decirse de la llamada «píldora del día después».

La teoría de la anidación pone de relieve, en todo caso, que la elección de este momento para fijar el comienzo de la vida se hace más para resolver problemas concretos, como la admisión de la fecundación *in vitro* o la de los dispositivos intrauterinos, que para resolver el problema del comienzo de la vida.

Es ésta una cuestión que probablemente no se va a resolver nunca. Pero lo que sí hay que resolver son los conflictos sociales que en torno a este problema se plantean.

Es evidente que, sobre todo en los *tres primeros meses del embarazo*, hay un período de incertidumbre respecto a los datos más característicos de la vida humana (actividad cerebral, aparición de malformaciones del feto, etc.). También es cierto que la interrupción del embarazo en ese período de tiempo, realizada en las condiciones adecuadas, es una operación sencilla y sin apenas problemas. En este sentido constituye un acierto del Real Decreto 2409/1986 la diferenciación entre aborto de alto riesgo y aborto que no implique alto riesgo, es decir, el realizado en los tres primeros meses, exigiendo para este tipo de aborto muchos menos requisitos sanitarios que para el primero.

Hay que contar también con la incertidumbre de la existencia del embarazo mismo, sobre todo en el primer mes de gestación. Precisamente en la actualidad se emplea una píldora para interrumpir el embarazo (RU 486) que, administrada en las primeras seis semanas de la presunta gestación, determina la aparición de la regla, sin que ni siquiera llegue a comprobarse si el embarazo existió.

Algunos ordenamientos jurídicos (Francia, Italia) se han inclinado por despenalizar el aborto voluntariamente provocado en los tres primeros meses o en las doce primeras semanas de gestación. Es la llamada *solución del plazo* que, en principio, por las razones ya dichas, no veo inconveniente en que se pueda adoptar también en el Derecho penal español que nada dice respecto al comienzo de la vida dependiente a efectos del delito de aborto, pero que tampoco presenta ningún obstáculo legal concreto para acoger una posición como la que aquí se propone. Ello supondría además una aproximación entre la regulación legal y la realidad social y daría una mayor base al Real Decreto 2409/1986, que tácitamente, en la reglamentación de la realización del aborto que no implica alto riesgo, acoge esta solución.

Las objeciones dirigidas contra la solución del plazo no me parecen de recibo, por cuanto dan por supuesto que ya en las primeras semanas de gestación existe una vida humana que hay que proteger como un valor absoluto incluso en contra de la voluntad de la embarazada. En todo caso, las expectativas de vida humana que genera ya la anidación o incluso la fecundación del óvulo pueden ser también protegidas a través de los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética (véase *infra* capítulo V), al margen de la cuestión de la despenalización del aborto con consentimiento de la embarazada (véanse las atinadas observaciones que hace respecto a la distinta protección que merece el «embrión» y el «preembrión» Valle Muñiz, en Quintero, Comentarios, pp. 718 ss.)

La elección del plazo de tres meses para determinar el comienzo de la vida humana y, con ello, el de la protección jurídico-penal es tan arbitrario como cualquier otro (fecundación, anidación), pero tiene la ventaja de resolver los problemas que plantea la interrupción voluntaria del embarazo en esta etapa sin tener que recurrir al Derecho penal o a argumentos justificativos, más o menos hipócritas.

Tipo objetivo

La *acción* dirigida a producir la muerte del feto puede ofrecer las más variadas manifestaciones y los medios empleados para tal fin ser los más diversos (físicos, mecánicos o químicos). El resultado es la destrucción del feto. El aborto es, por tanto, un delito de lesión en el que es necesario que el resultado se produzca para que el delito se consume (respecto a la tentativa véase *infra*). *Sujeto activo* puede ser cualquier persona: o la propia mujer produciendo ella misma su aborto, o un tercero (con o sin consentimiento de la mujer).

Tipo subjetivo

En el aborto producido por la propia mujer sólo es punible la comisión dolosa; en el aborto producido por tercero es punible también el ocasionamiento del aborto por imprudencia grave, excluyendo expresamente el art. 146 en su tercer párrafo a la mujer de esta responsabilidad.

Causas de justificación: la solución de las indicaciones

La vida humana dependiente, a partir del plazo anteriormente señalado o, por lo menos, según la doctrina dominante, desde el momento de la anidación, pasa a ser objeto de protección jurídico-penal. Pero como sucede con cualquier otro bien jurídico, la protección que le dispensa el Derecho penal no es absoluta, sino relativa, y viene condicionada a la protección de otros intereses de la embarazada igualmente merecedores de protección. En caso de *conflicto entre la vida dependiente y otros bienes jurídicos de la mujer embarazada*, es necesario arbitrar una regulación que permita resolver *a priori* y con carácter general los casos concretos que se planteen.

La solución al conflicto se sitúa en el plano de las causas de justificación, inspirándose en los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto. Bastaría, por tanto, una interpretación amplia de la eximente de estado de necesidad (art. 20,5º) para justificar los casos más conflictivos. Pero la importancia del tema y razones de seguridad jurídica han obligado al legislador a regular expresamente los supuestos más frecuentes e importantes, acompañándolos de una reglamentación administrativa que muchas veces constituye más una traba burocrática que obstaculiza la decisión libre de la mujer, que una garantía de sus derechos y del derecho a la vida del feto. Ésta es la *solución* llamada *de las indicaciones*, que fue la adoptada por el legislador español con la introducción del art. 417 bis en el anterior Código penal por Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, cuyas peripecias hemos referido anteriormente. Esta regulación, a la que se remite tácitamente el art. 145,1 y 2, cuando castiga el aborto producido con consentimiento de la mujer «fuera de los casos permitidos por la ley», se declara expresamente vigente en la Disposición Derogatoria Única del Código penal de 1995, por lo que, en tanto no se arbitre otra, es el Derecho actualmente vigente en la materia.

El art. 417 bis declara expresamente no punible la práctica del aborto en los supuestos de «grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada», «delito de violación» y presunción de que el feto «habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas». Pero para que estas indicaciones desplieguen toda su eficacia justificante es necesario que se den los siguientes *requisitos comunes*:

a) Consentimiento expreso de la mujer embarazada. De este consentimiento sólo se puede prescindir «en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante» (art. 417 bis,1,1ª). Nada se dice respecto al consentimiento en caso de aborto en menores e incapaces, por lo que habrá que estimar que en estos casos el consentimiento debe ser prestado por sus representantes legales, aunque en el caso de mujeres menores que hayan cumplido la edad en la que ya pueden contraer matrimonio (14 años) su decisión de abortar, salvo que esté viciada por otras causas, no tiene que ser autorizada o confirmada por la de sus padres o tutores, pues se trata de un derecho de la personalidad que puede ejercitar por sí misma (cfr. art. 162,1 Cc). Más complejo es el caso de las incapaces, en las que su decisión de abortar debe ser corroborada por la de sus representantes legales, debiendo dársele, en todo caso, preferencia a la voluntad de la incapaz de continuar el embarazo, salvo que ésta sea absolutamente incapaz de comprender o asumir las consecuencias de su decisión o se trate de un «caso de urgencia por riesgo vital de la gestante». En ningún caso es necesario el consentimiento del progenitor varón.

El Real Decreto 2409/1986 exige que se *informe* a la mujer (en caso de menores e incapaces, a sus representantes legales) «sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle» (art. 9). Con ello se pretende que el consentimiento sea una decisión madura y reflexiva. Lo que parece obvio es que las mismas razones que hacen aconsejable este trámite previo a la realización de un aborto deben servir de fundamento para autorizarlo cuando la mujer, una vez informada, decide libremente abortar.

b) Practicado por un médico o bajo su dirección. Del Real Decreto 2409/1986 se deduce que ha de ser un especialista en Obstetricia y Ginecología (art. 1,1).

c) En centro sanitario, público o privado, acreditado. El Real Decreto 2409/1986 regula los requisitos necesarios para acreditar un centro para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, dis-

tinguiendo según se trate de abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen doce semanas de gestación (art. 1,1) o de abortos con alto riesgo o con más de doce semanas de gestación (art. 1,2), exigiendo mayores medios e instalaciones para los segundos. En el art. 2,1 del Real Decreto se establece que los centros o establecimientos públicos que cumplan los requisitos exigidos quedarán acreditados automáticamente para la práctica del aborto (para un análisis más detenido de estos requisitos comunes véanse los trabajos de DÍEZ RIPOLLÉS, en Comentarios a la legislación penal IX, LUZÓN PEÑA y DEL RÍO Y PARDO).

Requisitos específicos de cada indicación

1ª) Aborto terapéutico

Dice el art. 417 bis,1,1ª:

> «Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso».

La *necesidad del aborto* debe medirse en función de las circunstancias del caso concreto, no en abstracto. Así, es posible que una determinada enfermedad no haga recomendable el aborto en una mujer joven, pero sí en una mayor de 40 años. También debe tenerse en cuenta el criterio de la mujer embarazada, tan decisivo en esto o más que el propio criterio médico. Sería absurdo que a una mujer aquejada de una cardiopatía grave o de una depresión profunda se le negara el derecho a abortar por estimar el médico que no es necesario el aborto. La indicación terapéutica estrictamente interpretada se restringiría a casos límites y casi de laboratorio, que es probablemente lo que algunos pretenden. Pero, ¿quién soporta las consecuencias del error médico? Debería elaborarse aquí un criterio de *«in dubio pro muliere»* dejando que sea la mujer quien decida, una vez informada de la gravedad del caso. De todos modos, la necesidad del aborto debe medirse en términos de probabilidad y no de seguridad absoluta. Decidir en casos de duda sobre la existencia del presupuesto objetivo de esta

indicación la continuidad de un embarazo en contra de la voluntad de la mujer supone un acto de prepotencia médica, que podría considerarse incluso constitutivo de un delito de coacciones.

El mismo criterio debe emplearse para medir la *gravedad del peligro* para la vida o la salud de la embarazada. Ciertamente el legislador está pensando en algún tipo de enfermedad, somática o psíquica, que el embarazo pueda desencadenar o agravar en la mujer embarazada, no en el propio riesgo inherente a todo embarazo y consecuentemente al parto. Las dificultades para encontrar un baremo objetivo son, como indica DE VICENTE REMESAL, verdaderamente grandes, pero tampoco hay que exagerarlas hasta el punto de hacer esta indicación prácticamente inviable. Desde el «riesgo vital» del que habla el último inciso del art. 417 bis,1,1ª, que permite prescindir incluso del consentimiento de la embarazada y del previo dictamen médico, hasta la enfermedad relativamente leve hay, desde luego, un amplio margen, en el que no sólo el médico, sino también la mujer tiene que decidir qué es realmente grave. La regulación legal objetiviza esta indicación hasta el punto de que la hace depender del criterio médico (*dictamen emitido con anterioridad*). Pero es evidente que éste no puede ser tan vinculante que se imponga por encima de la voluntad de la mujer, tanto más cuanto la ciencia médica no es una ciencia exacta y el concepto de «salud» es un concepto tan amplio que permite las más diversas interpretaciones. Lo importante en esta indicación debe ser, por tanto, el asesoramiento médico de la mujer y que sea ésta la que, en última instancia, decida la realización del aborto.

A la vista de ello, me parece absurdo señalar un catálogo de enfermedades, físicas o psíquicas, que autoricen esta indicación. Por vía de ejemplo pueden, sin embargo, señalarse algunas como las cardiopatías graves, graves enfermedades de pulmón, riñón e hígado, tumores malignos, depresiones graves con tendencia al suicidio, etc. (véanse DE VICENTE REMESAL, DÍEZ RIPOLLÉS, Comentarios a la legislación penal IX, pp. 152 ss.; PERERA GONZÁLEZ/ SÁNCHEZ-CASAS; y SUÁREZ RODRÍGUEZ/ RUBÍ CID).

2ª) Aborto ético

Art. 417 bis,1,2ª:

> «Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practi-

que dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado».

Aunque el antiguo delito de *violación* desapareciera, como tal, en el Código penal de 1995, la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, reintroduce esta denominación en el art. 179. Sin embargo, habrá que seguir considerando vigente la redacción del anterior Código a los efectos de poder aplicar esta indicación. Por lo tanto, todo embarazo que sea consecuencia de un hecho que conforme a la anterior regulación se pudiera considerar como violación (acceso carnal mediante empleo de fuerza o intimidación, con persona privada de sentido o abusando de su enajenación, o con persona menor de doce años), puede servir de presupuesto a esta indicación (cfr. también arts. 179, 181,2 y 182,1 del Código penal de 1995, e *infra* capítulo VIII). Criticable es, en todo caso, la exigencia de que «el embarazo sea consecuencia» de la violación, requisito que habría que estimar en términos de probabilidad y no de certeza (en contra, BAJO I, p. 125). Cuando la víctima de la violación sea menor o incapaz, el consentimiento para el aborto debe ser prestado por sus representantes legales en los casos ya mencionados anteriormente.

El requisito de la *denuncia* debe cumplirse antes de la realización del aborto. Si posteriormente se demuestra que la denuncia ha sido falsa o constitutiva de una simulación de delito, se castigará por aborto en concurso con estos delitos.

El aborto en esta indicación debe ser realizado «*dentro de las doce primeras semanas de gestación*». Si se entiende, como aquí se hace (véase *supra*), que durante este plazo el aborto puede realizarse sin indicación alguna, será innecesaria esta indicación.

Sigue sin resolverse expresamente la justificación del aborto en el caso de que el embarazo sea consecuencia de una *reproducción asistida sin consentimiento de la mujer*, lo que ahora es aún más criticable, ya que en el Código penal de 1995 se tipifica expresamente este hecho como delito en el art. 161 (cfr. *infra* capítulo V). Esta laguna puede ser resuelta bien aplicando esta indicación ética por analogía «*in bonam partem*», bien a través de la indicación terapéutica o de la causa de justificación genérica de estado de necesidad del art. 20,5º. Lo que en ningún caso se puede decir es que este supuesto, al no estar expresamente regulado, no puede dar lugar a ninguna de las indicaciones admitidas y que, por tanto, el aborto en estas circunstancias debe ser castigado.

3ª) Aborto eugenésico o embriopático

Dice el art. 417 bis,1,3ª:

«Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto».

Las razones que avalan esta indicación son más discutibles que las anteriores. Evidentemente no pueden fundarse en las dificultades sociales que este tipo de seres pueden tener si nacen, sino en la propia situación excepcional en que se encuentra una embarazada que sabe que puede tener un hijo, antes deseado, en esas condiciones, lo que excede, como dice la STC de 11 de abril de 1985, de lo que es normalmente exigible (cfr. ARROYO ZAPATERO, 1986, pp. 57 ss.).

En este caso, el *dictamen médico* es fundamental, hasta el punto de exigirse que sea emitido por dos especialistas de centro acreditado al efecto. El art. 6,2 del Real Decreto 2409/1986 establece los medios con que deben contar estos centros para realizar las pruebas pertinentes (ecografía, técnicas bioquímicas, citogenéticas y analíticas) para detectar las graves taras físicas o psíquicas.

El dictamen obviamente se basará en criterios de probabilidad que deben valorarse de acuerdo con criterios médicos (véanse ROMEO CASABONA, 1987, p. 9; ARROYO ZAPATERO, 1986). Debe, de todos modos, concederse un margen de error, siempre que no sea un error burdo o que demuestre impericia. El error de «los especialistas» sobre los presupuestos fácticos de esta indicación debe estimarse comprendido en el apartado 3 del art. 14, como error de prohibición.

El *plazo* para realizar el aborto en esta indicación es el de las veintidós primeras semanas de gestación, computadas a partir del momento de la anidación (para más detalles sobre esta indicación, véanse los trabajos de DÍEZ RIPOLLÉS, AYUSO GARCÍA, RAMOS CORRALES, PAMPOLS ROS/ RIBES RUBIÓ, DÍAZ RECASÉNS y ECHEVARRÍA MAYO).

La excusa absolutoria para la mujer

El art. 417 bis,2 recoge una cláusula general de impunidad para la mujer embarazada que aborte, aun cuando no se cumplan los requisi-

tos de que el aborto se practique en un centro acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

La excusa sólo es aplicable a la embarazada, no a las demás personas intervinientes en este tipo de aborto, aunque objetivamente se den los presupuestos materiales de las indicaciones. Ello quizás sea explicable en el aborto eugenésico, pero no en el terapéutico y, en todo caso, sin perjuicio de que en interés de la propia salud de la embarazada se exijan los requisitos formales que, además, desarrolla el Real Decreto 2409/1986, siguen siendo aplicables los principios generales del estado de necesidad (art. 20,5º), que, obviamente, no ha sido derogado por el art. 417 bis (en este mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, Comentarios a la legislación penal IX, pp. 118 ss.). Por eso, cuando se den los presupuestos materiales de alguna de las indicaciones, el aborto puede quedar justificado por aplicación directa del estado de necesidad, sin perjuicio de que se pueda exigir responsabilidad al médico por otros conceptos (impericia profesional, intrusismo, etc.). Piénsese, por ejemplo, en un aborto terapéutico realizado por una enfermera o por el mismo médico que apreció el grave peligro para la salud, que objetivamente existía. Del tenor literal de este número 2 parece, sin embargo, literalmente entendido, desprenderse la opinión contraria; pero no creo que la intención del legislador sea la de castigar como delito de aborto un simple ilícito administrativo.

Tentativa

El que a las prácticas abortivas no siga el resultado feticida que constituye el resultado propio del delito de aborto puede obedecer, entre otras causas, a que la mujer no esté embarazada. Los límites objetivos, representados por la puesta en peligro siquiera sea lejana del bien jurídico protegido, en este caso la vida humana dependiente, impiden, a mi juicio, el castigo de la tentativa en este caso, debiendo estimarse un delito imposible o tentativa absolutamente inidónea de aborto, no punible conforme al art. 16.

Modalidades de aborto

Las diversas modalidades de aborto recogidas en el Código penal pueden reducirse a tres: el aborto doloso ocasionado por tercero (con o sin consentimiento de la mujer), el aborto doloso ocasionado por la embarazada misma y el aborto ocasionado imprudentemente por tercero.

A) Aborto doloso realizado por un tercero

Se distingue según se realice con o sin consentimiento de la embarazada.

a) Sin consentimiento (art. 144)

Aunque el consentimiento de la embarazada no justifica por sí mismo la realización de un aborto, el legislador le da relevancia para determinar la pena que corresponde al tercero. El art. 144 castiga con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años, al que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento. El consentimiento irrelevante, el de una enajenada por ejemplo, equivale a la falta de consentimiento. También carece de relevancia e incluso puede dar lugar a la comisión de otros delitos el consentimiento obtenido mediante violencia, amenaza o engaño (art. 144,2). En estos casos, la participación de la mujer es totalmente impune, ya que no es más que un mero instrumento.

Si el tercero cree erróneamente que la mujer consiente no será castigado por este delito, sino por el previsto en el art. 145,1.

b) Con consentimiento (art. 145,1)

Se trata de un caso de coautoría entre el tercero y la embarazada. La conducta del tercero que realiza el aborto no es de mera participación, sino de auténtica autoría; lo mismo ocurre con la conducta de la embarazada que consiente. Sin embargo, a ésta la castiga el art. 145,2 con menor pena (prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses) que al tercero que produce el aborto (prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años). Sin embargo, si la conducta del tercero es de mera participación en el aborto realizado por la embarazada (inducción, cooperación necesaria, complicidad), el marco penal aplicable será el del art. 145,2.

Es preciso que la mujer tenga conciencia del alcance de su consentimiento. Si el consentimiento ha sido obtenido mediante violencia, amenaza o engaño (art. 144,2), ha de considerarse inexistente y estaríamos además en presencia de un concurso entre el delito de aborto sin consentimiento y el delito o delitos a los que haya dado lugar la utilización de tales medios.

B) Aborto doloso producido por la embarazada

> Dice el art. 145,2: «La mujer que produjere su aborto... será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses».

En este precepto se castiga también a la mujer que consintiere que otra persona le cause el aborto (cfr. *supra*), pero aquí sólo vamos a referirnos al supuesto en el que la propia mujer causa su aborto, siendo ella la única autora del aborto. La pena es la misma que cuando consiente que otro lo realice. No se excluye la intervención de terceros, pero a título de partícipes; de aquí la diferencia esencial con el otro supuesto en el que tanto la mujer como el tercero que realiza el aborto son coautores. En el supuesto que tratamos aquí el tercero también puede intervenir, pero a título de partícipe en sentido estricto, induciendo o auxiliando a la embarazada, que es la que tiene el dominio del hecho, al realizar su propio aborto. Es posible la autoría mediata. La embarazada puede servirse de un tercero como instrumento, aunque es difícil que éste no sepa que está provocando un aborto.

En los casos en los que la mujer produzca su aborto, pero objetivamente se den los presupuestos de las indicaciones antes aludidas (cfr. *supra*: causas de justificación), será aplicable por analogía «in bonam parten» la excusa absolutoria del apartado 2 del art. 417 bis.

C) Aborto ocasionado por imprudencia grave

> Dice el art. 146: «El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

El aborto puede ser consecuencia también de una conducta no directamente dirigida a producirlo, pero realizada de una manera imprudente. El art. 146 castiga el aborto por imprudencia siempre que ésta sea «grave». Algunos de estos casos de «imprudencia grave» pueden producirse en el curso de una intervención médica realizada durante el embarazo o en el momento del parto (prescripción de medicamentos con efectos secundarios abortivos, maniobras incorrectas en el empleo del fórceps durante el parto, etc.). Si como consecuencia de la misma el feto muere o nace en condiciones no viables, el aborto debe ser castigado en la medida en que la acción que lo haya provocado se haya realizado sin la diligencia debida por el profesional que atiende a la mujer. Este supuesto de «imprudencia profesional» lleva aparejada, además de la pena de prisión o multa, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión. Naturalmente, la aplicación de esta modalidad punible de aborto requiere, además de la propia gravedad de la imprudencia, la demostración de una relación de causalidad entre la acción imprudente y el aborto producido, lo que no siempre es tarea fácil, sobre todo cuando al aborto hayan podido contribuir otras causas naturales o la intervención de terceras personas, incluida la propia mujer, cuya imprudencia queda fuera expresamente de la sanción penal, según dispone el párrafo último del art. 146. Si a pesar de la imprudencia el aborto no se produce, pero el feto sufre lesiones o una enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será aplicable el delito de lesiones al feto en su modalidad imprudente previsto en el art. 158 (cfr. *infra* capítulo V).

> Los casos de error sobre los presupuestos objetivos de alguna de las indicaciones previstas en el art. 417 bis del anterior Código penal (véase *supra*: causas de justificación) deben ser resueltos conforme al apartado 3 del art. 14, es decir, como error de prohibición, vencible o invencible, ya que el art. 146 está previsto para los casos de «imprudencia de hecho» y no para los supuestos de «error sobre la ilicitud del hecho».

El art. 146 es también aplicable en los casos en los que el aborto se produzca como consecuencia de violencias o malos tratos sobre la mujer que ya de por sí constituyen una conducta imprudente respecto a la producción del aborto, cuando el sujeto sabe que la mujer a la que maltrata o golpea está embarazada. Si por las circunstancias concurrentes en el momento de la realización de la conducta de malos tratos sobre la mujer (avanzado estado de gestación, gravedad de los golpes, patadas en el vientre, etc.) el aborto era de probable producción y el

sujeto actuó asumiendo este resultado, podría apreciarse dolo eventual y aplicarse directamente el art. 144. Igualmente cabe el concurso entre este art. 144 y el homicidio doloso o el asesinato, como en general cabe el concurso entre el aborto punible (doloso o imprudente) y las lesiones u homicidio de la mujer embarazada. La inducción o cooperación al suicidio (art. 143) de una embarazada puede también entrar en concurso con participación en aborto doloso producido por la embarazada (art. 145,2).

DELITOS CONTRA LA SALUD Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

CAPÍTULO IV

Lesiones. Participación en riña. Empleo de violencia contra personas vinculadas al agresor. El consentimiento del lesionado. Casos problemáticos: A) La esterilización de deficientes psíquicos; B) La exposición voluntaria a actividades peligrosas. El tratamiento médico

Bibliografía: *Sobre la situación anterior a 1983:* ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en Homenaje al Padre Pereda, Bilbao 1965; ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid 1981; BAJO FERNÁNDEZ, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, ADP 1980; BARREDA GARCÍA, *Comentarios a la STS 13 octubre 1981*, CPC 1984 (ver también del mismo autor: Comentario a la STS 31 mayo 1982, CPC 1984, y a la STS 28 febrero 1980, en CPC 1986); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento en las lesiones*, CPC 1981; el mismo, *El delito de lesiones*, Salamanca 1982; el mismo, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; el mismo, *El consentimiento en las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; BERISTAIN IPIÑA, *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, RGLJ 1971; COBO DEL ROSAL, *El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal*, ADP 1962; el mismo, *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal*, ADP 1964; DIEGO, M., *Las lesiones laborales del artículo 427 del Código penal*, CPC 1977; GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español*, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; GARCÍAS PLANAS, *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código penal español y en la jurisprudencia*, RJCat. 1979; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Nuevo delito de infracción de leyes de trabajo*, Madrid 1951; JORGE BARREIRO, Agustín, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, CPC 1982; MAJADA PLANELLES, *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, Barcelona 1946; ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, Barcelona 1979; el mismo, *El médico y el Derecho penal*, Barcelona 1981; el mismo, *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980*, CPC 1982; el mismo, *Situación jurídica actual de los trasplantes de órganos en el Derecho español y propuestas de reforma*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; el mismo, *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal*

de 1980, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; SOTO LAMADRID, *El trasplante de tejidos y órganos humanos en la legislación española*, ADP 1982; SUÁREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona 1959; el mismo, *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal*, ADP 1982; el mismo, *Las lesiones consentidas en el Proyecto de Código penal de 1980*, Oviedo 1983.

Sobre la situación tras la reforma de 1983: ARROYO ZAPATERO, *Lesiones a los trabajadores*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; el mismo, *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, EPC 1986/1987; el mismo, *Manual de Derecho penal del Trabajo*, Madrid 1988; el mismo, *Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces*, La Ley 1988; BAJO FERNÁNDEZ, *Agresión médica y consentimiento del paciente*, CPC 1985; BUENO ARÚS, *Límites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal*, PJ 1985; CARDONA LLORENS, *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Madrid 1988; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las relaciones personales con la víctima en las lesiones*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; GARCÍA VITORIA, *Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; MANZANARES SAMANIEGO, *Lesiones menos graves*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La imprudencia punible en la profesión sanitaria en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid 1985; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; ROMEO CASABONA, *Aspectos jurídicos de la experimentación humana*, RFDUC monográfico 11, 1986; SALAS HOLGADO, *El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria*, ADP 1987; SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, Barcelona 1988.

Sobre la situación tras la reforma de 1989: APARICIO CARRIL, *Estructura típica de los delitos y faltas de lesiones*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; ARROYO DE LAS HERAS/ MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, Pamplona 1993; ARROYO URIETA/ CAVA VALENCIANO, *La reforma de las lesiones de 1989*, La Ley 1992; BACIGALUPO ZAPATER, *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, PJ núm. especial XII, 1990; BELLO LANDROVE, *Algunas cuestiones concretas sobre la nueva regulación penal de las lesiones*, JD 1989; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en Muñoz Conde/ Berdugo Gómez de la Torre/ García Arán, *La reforma penal de 1989*, Madrid 1989; BUENO ARÚS, *El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la Ley General de Sanidad*, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; CARDENAL MONTRAVETA, *Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿concurso de leyes o de delitos?*, ADP 1995; CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección*, PJ 1994; CLIMENT DURÁN, *Sobre el concepto de tratamiento médico o quirúrgico en relación con el art. 420 del Código penal*, RGD 1990; CÓRDOBA RODA, *Competencias profesionales y responsabilidad penal*, AP 1990; CUELLO CONTRERAS, *La actualización del Código penal en materia de delitos y faltas contra la vida, la integridad de las personas*

y su puesta en peligro, PJ núm. especial XII, 1990; el mismo, *El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones de análoga afectividad*, PJ 1993; CUENCA SÁNCHEZ, *El nuevo artículo 425 del Código penal*, La Ley 1991; el mismo, *Las lesiones y su problemática específica. Los límites entre el delito y la falta desde el punto de vista del informe forense*, en Medicina legal, CDJ 1993; DEL ROSAL BLASCO, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *El nuevo tipo básico de lesiones en el Código penal (artículo 420.1)*, CPC 1992; DÍAZ PITA, M., *La transmisión del Sida*, CJ 1993; DÍAZ PITA, P., *La esterilización de incapaces afectados por graves deficiencias psíquicas*, AP 1995; ESER, *Lesiones deportivas y Derecho penal*, La Ley 1990; FELIZ MARTÍNEZ, *Tratamiento de las lesiones y los daños en el Código penal después de la reforma por LO 3/1989, de 21 de junio*, La Ley 1990; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Lesiones: Clasificación y modus operandi*, EPC 1988/1989; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal*, ADP 1991; el mismo, *Aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas*, RDPC 1991; FONTÁN TIRADO, *Notas a la problemática sobre las lesiones deportivas en el Derecho penal inglés y español*, RDPC 1995; GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad civil y penal del médico anestesista*, La Ley 1995; GARCÍA ARÁN, *Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos*, RJCat. 1995; GARCÍA VALDÉS, *Responsabilidad por lesiones deportivas*, ADP 1993; GONZÁLEZ SOLER, *Homicidio y lesiones imprudentes en accidentes de trabajo*, en La imprudencia, CDJ 1993; GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Madrid 1992; HERRERA MORENO, *El niño ante la agresión doméstica: malos tratos y abuso sexual*, CPC 1994; HUERTA TOCILDO, *El nuevo delito de participación en una riña confusa y tumultuaria*, ADP 1990; ILLESCAS RUS, *La esterilización de deficientes mentales. Notas sobre la reforma del artículo 428 del Código penal*, BIMJ 1990; JORGE BARREIRO, Agustín, *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, EPC 1989/1990; el mismo, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid 1990; JUANES PECES, *La esterilización de los deficientes mentales*, La Ley 1991; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento y la esterilización de los incapaces*, CPC 1991 (también en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992); el mismo, *El consentimiento informado y la esterilización de los incapaces*, CPC 1995; LUZÓN PEÑA, *Riña y legítima defensa*, en Estudios Penales, Barcelona 1991; el mismo, *Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español*, PJ 1991 (también en Mir Puig —edit.—, Problemas jurídico-penales del SIDA, Barcelona 1993); MAPELLI CAFFARENA, *Reflexiones sobre la violencia no instrumental y su tratamiento jurídico*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; el mismo, *Análisis del delito de riña en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización del Código penal*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; MARÍN GÁMEZ, *A vueltas con la constitucionalidad del art. 10,6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado*, RGD 1995;

MARTÍN MEIZOSO, *Transfusiones de sangre y libertad religiosa*, en El consentimiento. El error, CDJ 1993; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Los delitos de lesiones en el Código Penal español*, en Medicina legal, CDJ 1993; MONER MUÑOZ, *Lesiones. Problemática de los artículos 421 y 582 del Código penal*, RGD 1995; MONTERO MARTÍNEZ, *El consentimiento en las lesiones deportivas*, en El consentimiento. El error, CDJ 1993; MORILLAS CUEVA, *Participación en riña*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; MOYA GARRIDO, *Lesiones: delito o falta según requieran tratamiento médico o quirúrgico o primera asistencia médica*, en Medicina legal, CDJ 1993; MOYA HURTADO DE MENDOZA, *Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y a la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; MOYANO GARCÍA, *Consentimiento del paciente e imprudencia médica*, en La imprudencia, CDJ 1993; MUÑAGORRI LAGUÍA, *Las violencias en el ámbito familiar*, RDPC 1994; MUÑOZ CONDE, *La esterilización de los deficientes psíquicos: comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994*, RDGH 1995; OCAÑA RODRÍGUEZ, *Un esquema para el estudio de la responsabilidad médica*, RMF 1995; ORAÁ GONZÁLEZ, J./ ORAÁ GONZÁLEZ, M., *Primera aproximación a la reforma penal de 1989*, La Ley 1990; PAREDES CASTAÑÓN, *Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales*, ADP 1990; PAREJO PABLOS, *Requisitos y significado del consentimiento en la esfera penal. Especial referencia al efecto del consentimiento en las transfusiones de sangre*, en El consentimiento. El error, CDJ 1993; PENACHO MARTÍNEZ, *Una interesante sentencia penal sobre transfusiones de unidades de sangre portadoras de anticuerpos (S.I.D.A.)*, BIMJ 1991; PÉREZ ALONSO, *El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma*, ADP 1990; PORTERO LAZCANO, *Lesiones, malos tratos y violación*, en Medicina legal, CDJ 1993; PORTILLA CONTRERAS, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo*, CPC 1991; QUERALT JIMÉNEZ, *Las reformas en materia de delitos contra las personas*, Revista del Foro Canario 1993; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*, ADP 1989 (también en PJ núm. especial XII, 1990); REIG REIG, *Los delitos contra la vida y la integridad corporal en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal (1992)*, RDPC 1992; REY HUIDOBRO, *La imprudencia médica en el ámbito del Derecho penal*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; ROMEO CASABONA, *El Derecho ante los trasplantes de órganos*, RGD 1993; el mismo, *Responsabilidad médico sanitaria y SIDA*, AP 1993; el mismo, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994; el mismo, *SIDA y Derecho penal*, en Problemas del tratamiento jurídico del SIDA, CDJ 1995; RUIZ VADILLO, *Algunas breves y provisionales consideraciones sobre la reforma del Código penal llevada a cabo por Ley de 21 de junio de 1989*, AP 1990; SÁNCHEZ BARRILAO, *La previa autorización judicial a la esterilización de disminuidos psíquicos graves (Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio de 1994)*, RGD 1995; SILVA SÁNCHEZ, *El SIDA en la cárcel: Algunos problemas de responsabilidad*,

La Ley 1992; SILVA SÁNCHEZ/ MELERO MERINO, *Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta*, AP 1995; SOTO NIETO, *Daños derivados de negligencia médica*, La Ley 1995; el mismo, *El delito de lesiones (tipo agravado) y la falta de lesiones. Desvalor de acción. Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 6 de junio de 1995*, La Ley 1995; el mismo, *Principios básicos de la responsabilidad civil y penal del médico*, AP 1995; TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, *El delito de lesiones: concepto de primera asistencia facultativa y del tratamiento médico y quirúrgico*, AP 1995; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona 1991; VAAMONDE LEMOS/ VAAMONDE MARTÍN, *Problemas ético-jurídicos de los trasplantes de órganos en España*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; VARIOS, *Valoración del daño corporal*, Madrid 1992; VARIOS, *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Mir Puig (edit.), Barcelona 1993; VARIOS, *Problemas del tratamiento jurídico del SIDA*, CDJ 1995; VARIOS, *Delitos contra la vida e integridad física*, CDJ 1995; ZUGALDÍA ESPINAR, *Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código penal de 21 de junio 1989*, PJ núm. especial XII, 1990.

Sobre la situación tras el Código penal de 1995: ARROYO ZAPATERO, *La supresión del delito de propagación de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión en el SIDA*, Derecho y Salud 1996; BARBERO JUAN, *Las novedades del Código penal de 1995 en relación a las lesiones dolosas*, RMF 1997; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento en las lesiones veinte años después*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; BERNAL DEL CASTILLO, *Criterios para la distinción entre el delito y la falta de lesiones*, CPC 1998; BERNAL VALLS, *Las lesiones: cuestiones generales y tipos*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999; BLANCO CORDERO, *Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica o terapéutica*, AP 1997; CAZORLA, *Lesiones culposas. Consentimiento en las lesiones*, RMF 1997; CÓRDOBA RODA, *El juez y el perito en la determinación de la norma de cuidado en los delitos de imprudencia en el ejercicio de la actividad médica*, La Ley 2002; CUENCA I GARCÍA, *La violencia habitual en el ámbito familiar*, RJCat. 1998; DEL ROSAL BLASCO, *La nueva regulación de los delitos de lesiones en el nuevo Código penal de 1995*, PJ 1996; DÍAZ PITA, M./ DÍAZ PITA, P./ NÚÑEZ CASTAÑO, *La transmisión del SIDA, problemas penales, procesales y perspectivas político-criminales*, en Martos Núñez (dir.), Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente, Sevilla 1997; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, Valencia 1997; DOMPER BARDAJI/ MARTÍNEZ LEÓN/ VEGA GUTIÉRREZ, *La esterilización*, La Ley 1996; ESBRÍ MONTOLIÚ, *Esterilización de los deficientes mentales*, Derecho y Salud 1997; ESER, *Deporte y Derecho penal*, RP 2000; ESPINOSA LABELLA, *Las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová: un conflicto entre el médico y el enfermo*, AP 1996; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Madrid 1999; FERRERO HIDALGO/ RAMOS REGO, *Delitos de lesiones y contra la integridad y seguridad individual*, Barcelona 1998; FLETCHER, *Las víctimas ante el jurado*, trad. de Medina Ariza y Muñoz Aunión, Valencia, 1996; GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid 1997; GARCÍA ÁLVAREZ,

La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Valencia 1999; GÓMEZ GONZÁLEZ, *El tratamiento del SIDA en la legislación cubana: estudio comparativo con la legislación española*, CPC 1996; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona 1997; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia 2003; GRACIA MARTÍN, *El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995 (también en AP 1996); HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Valencia 2001; JORGE BARREIRO, Agustín, *El consentimiento informado del paciente y su relevancia jurídico-penal*, en Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, Vitoria-Gasteiz 1996; LORENTE ACOSTA, J./ LORENTE ACOSTA, M., *Agresión a la mujer*, Granada 1998; MAPELLI CAFFARENA, *Entre el homicidio y las lesiones*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; MARTÍNEZ RUIZ, *Los delitos de lesiones*, Barcelona 2002; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del médico y del sanitario. (Actualizada y adaptada al Código penal de 1995)*, Madrid 1997; MONER MUÑOZ, *Las lesiones. Concepciones jurisprudenciales de los resultados típicos: criterios diferenciales*, en CGPJ-Manuales de Formación Continuada 1999; MUÑOZ CONDE, *Una nueva imagen del Derecho penal español*, RDPC 1998; ORAÁ GONZÁLEZ, J., *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas*, La Ley 1996; PINTADA MARRERO, *El delito de lesiones*, en Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995, Las Palmas 1997; QUINTERO OLIVARES, *Las lesiones en el nuevo Código penal (aspectos problemáticos)*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; ROLDÁN BARBERO, *La creación política de una nueva delincuencia: El uso del doping en el deporte*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; ROMEO CASABONA, *¿Límites a la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?*, RDPC 1998; el mismo, *Los delitos contra la integridad corporal y la salud*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; el mismo, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada 2004; ROMERO COLOMA, *La cirugía estética y su responsabilidad penal*, AP 1999; ROMERO DE TEJADA Y GÓMEZ, *El consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999; ROPERO CARRASCO, *El Derecho penal ante la mutilación genital femenina*, La Ley 2001; RUIZ VADILLO, *Violencias físicas en el hogar*, AJ 1998; SÁNCHEZ MORALES, *EL maltrato a menores: aproximaciones a un problema sin resolver*, CPC 1998; SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Madrid 1998; SOBREMONTE ANDRÉS, *Comentario al art. 156 del actual Código penal. Esterilización de incapaces*, RGD 1998; VIANA CONDE, *El consentimiento informado del enfermo*, La Ley 1996; ZUGALDÍA ESPINAR/ HERNÁNDEZ TRIVIÑO, *La distinción entre el delito y la falta de lesiones. Los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico y primera asistencia*, en Homenaje a Torío, Granada 2000 (también en RDPP 2000).

Sobre violencia contra personas vinculadas al agresor, véase la bibliografía del capítulo VII.

En el Título III se recogen, bajo el nombre «De las lesiones», una serie de conductas cuya característica principal es, como ya se desprende de la propia redacción del tipo básico del art. 147,1, que afectan directamente a la integridad corporal o a la salud, física o mental, de las personas. *Bienes jurídicos protegidos* son, por tanto, la integridad corporal y la salud física o mental del ya nacido; las lesiones al feto se tipifican expresamente en otro lugar (véase *infra* capítulo V).

La salud a que se refiere el Código es tanto la física como la psíquica (sobre las lesiones psíquicas, véase *infra*: tipo básico). El ataque a ella dirigido es la enfermedad. La integridad corporal se refiere sólo al aspecto físico; el ataque a ella dirigido es la mutilación o inutilización de algún órgano o miembro corporal.

En realidad, como dice BERDUGO (1982, p. 24), si se entiende la salud en un sentido amplio, lo que se trata de proteger en estos delitos es un solo bien jurídico: la salud (física o psíquica), que incluye también la integridad corporal, pues la salud es susceptible de ser atacada «tanto produciendo una alteración en su normal funcionamiento durante un período de tiempo mayor o menor —supuesto de enfermedad o incapacidad temporales—, como causando un menoscabo en el sustrato corporal». De este concepto de salud se derivan dos importantes consecuencias:

1ª) No constituye delito de lesiones, aunque sí posiblemente un delito de injurias o de coacciones o, en su caso, contra la integridad moral (véanse *infra* capítulos VI, VII y XI), la disminución de la integridad corporal que no supone menoscabo de la salud: corte de pelo o de barba, daños de prótesis artificiales (lo que de por sí ya puede constituir un delito de daños), etc.

2ª) No constituye tampoco un delito de lesiones la acción que objetivamente supone una mejora de la salud, aunque incida negativamente en la integridad corporal (amputación de una pierna gangrenada). Esta segunda conclusión tiene, además, importancia para resolver algunos casos problemáticos de *tratamiento médico*. Si el tratamiento médico tiene éxito, visto desde el punto de vista de la salud no puede constituir el tipo objetivo de un delito de lesiones, ya que ni siquiera se da el presupuesto de la imputación objetiva de este resultado (el incremento del riesgo es en realidad en este caso disminución del riesgo), aunque sí uno de coacciones (a reserva de la apreciación de alguna causa de justificación) si no media consentimiento del paciente (véase *infra*: consentimiento, y lo dicho respecto a la justificación de las coacciones en el capítulo VI). Sólo cuando el tratamiento médico no tiene éxito y su resultado es negativo para la salud puede plantearse el problema de la tipicidad del delito de lesiones.

Este concepto de salud se refleja en el Código en cuanto el delito de lesiones se constituye tanto por la enfermedad (ausencia de salud), como por la pérdida de miembros o mutilación de los mismos; pero el concepto de lesión abarca, además, resultados específicos (como la deformidad) que son relevantes en la medida en que se deriven de un atentado a la salud, entendida, en un sentido amplio, como posibilidad de participación en el sistema social (cfr. BERDUGO, 1982, pp. 20 ss.).

La actual regulación procede en parte de la reforma del anterior Código penal que se produjo en 1989 y que modificó en profundidad la regulación tradicional de estos delitos, reduciendo el casuismo que había caracterizado al Código penal anterior hasta esa fecha y eliminando algunos de los defectos más sobresalientes de dicha regulación (sobre la misma véase 7ª ed., pp. 97 ss.). El Título III del Código penal de 1995 contiene un tipo básico y un concepto general de lesiones (art. 147,1, con la correspondiente falta tipificada en el art. 617). Sobre él se construyen los tipos cualificados en función del medio empleado, de la cualidad de la víctima (art. 148) o de los resultados producidos (arts. 149 y 150); también se mantienen dos delitos específicos introducidos en la reforma de 1989: el de participación en riña con medios peligrosos (art. 154) y el de empleo de violencia sobre personas relacionadas afectiva o familiarmente con el agresor, objeto de reforma en 1999 y en 2003 (art. 153). (Sobre la regulación de estos delitos en el anterior Código penal después de la reforma de 1989, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 116 ss., y sobre la reforma de 1989 misma BERDUGO, en MUÑOZ CONDE/ BERDUGO/ GARCÍA ARÁN, y el resto de la bibliografía citada al comienzo de este capítulo).

En el Código penal de 1995, además de la tipificación expresa de los actos de participación intentada de provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos de lesiones (art. 151) y de la imprudencia (arts. 152 y 621), se introduce una nueva fórmula en relación con el *consentimiento del lesionado* (art. 155), que, como cuestión común a todos los tipos de lesiones, estudiaremos al final de este capítulo, pasando después a analizar algunos casos problemáticos (como la esterilización de deficientes psíquicos y la exposición voluntaria a actividades peligrosas) y el *tratamiento médico*, relacionados con el consentimiento y con la problemática específica de los delitos de lesiones.

LESIONES

TIPO BÁSICO

El *tipo básico* del delito de lesiones, previsto en el art. 147,1, castiga al que «*causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental*».

La acción puede llevarse a cabo, como también se dice expresamente en este apartado, «por cualquier medio o procedimiento», es

decir, tanto por acción en sentido estricto, como, en los casos en que haya posición de garante, en comisión por omisión (dejando a una persona sin alimentar, expuesta al frío, etc.). El resultado es el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental (sobre el concepto de *lesión psíquica*, véase *infra*: excurso). Entre la acción y el resultado debe existir una relación de causalidad y comprobarse además, sobre todo en las lesiones causadas por imprudencia, los criterios que fundamentan una imputación objetiva. Los problemas de esta índole que se plantean en el delito de lesiones son similares a los que se plantean en el delito de homicidio, por lo que nos remitimos a lo dicho en el capítulo I.

Excurso: el concepto de lesión psíquica. La lesión psíquica como daño colateral

Como hemos visto, en el delito de lesiones el resultado es el menoscabo de la salud física o *mental*, es decir, la lesión física o psíquica. En relación con la lesión psíquica se plantean dos problemas: por un lado, el concepto de la misma; por otro, su autonomía cuando se produce como daño colateral de una lesión física, bien inferida a la propia víctima, bien a un tercero.

Ciertamente, se puede decir que el «impacto afectivo» o el «dolor moral» que puede causar el hecho en los familiares de las víctimas de los asesinatos, etc., es en cierto modo inherente al propio resultado consumativo y todo lo más podría apreciarse en la determinación del monto de la indemnización civil; pero ello no es en absoluto evidente en todos los casos, y mucho menos cuando la víctima es, por ej., un hijo. Ya en las reglas de la Asociación Americana de Abogados de los Estados Unidos se establece que en la determinación de la pena «el Tribunal debe permitir a la víctima presentar una *declaración de impacto*, que especifique los efectos del crimen en la víctima, las circunstancias que rodearon el crimen, la forma en que se cometió y la opinión de la víctima». Esta tesis ha sido confirmada por la Corte Suprema de dicho país. Así, por ej., en el asunto Payne vs. Tennese (501 U.S. 808, 111 S. Ct. 2597 1991) el acusado fue condenado por el brutal asesinato de su mujer y su hija en presencia de otro hijo, Nicholas, de 3 años. El Fiscal mandó llamar a la abuela, que testificó que el chico continuaba llorando por su madre y su hermana muertas; sobre la base de ello el fiscal concluyó así en su informe final:

«*En el futuro, el pequeño Nicholas crecerá y querrá saber lo ocurrido a su hermana y a su madre: Querrá saber qué tipo de Justicia se impartió, qué sentencia se aplicó; con vuestro veredicto le daréis la respuesta*» (citado por FLETCHER, p. 269).

En el Derecho penal español, el problema del impacto psíquico en las víctimas o personas directamente afectadas por el asesinato no sólo puede tenerse en cuenta como factor agravante de la pena a través de la regla general establecida en el art. 66,1,6ª y 7ª del Código penal, sino que además

puede ser constitutivo directamente de un *delito autónomo de lesiones*. Como ya han establecido claramente la doctrina y el propio Código penal desde la reforma de 1983, lo que se protege en el delito de lesiones no sólo es la salud física y la integridad corporal, sino también la salud psíquica o mental. No se trata sólo de un simple efecto colateral en sí inherente al propio resultado del delito (evidentemente, cualquier persona con un mínimo de sensibilidad puede verse psíquicamente afectada por un suceso luctuoso), sino del daño psíquico, que se traduce después en distintas patologías o trastornos psicológicos y que se produce directamente como consecuencia de una acción brutal.

Un ejemplo de esta forma de provocar una lesión psíquica la ofrece el supuesto de hecho juzgado en la STS de 9 de junio de 1998: la muerte por estrangulamiento de una niña pequeña que realiza directamente el padre en presencia de su hermano de 11 años de edad, buscando además intencionadamente esa presencia una vez que desistió de matarlo, no dejándole escapar, obligándole a permanecer allí, amenazándolo después y llevándolo incluso de compañía en el acto de entrega en la Comisaría. Uno no puede imaginarse un caso más claro del supuesto de hecho previsto en el art. 147,1 del Código penal. ¿Cómo admitir que un hecho de esta naturaleza no ha producido ningún tipo de perturbación en la salud mental, en el equilibrio psíquico de ese menor, que además probablemente le dejará secuelas para el resto de sus días? ¿Qué psicólogo o psiquiatra no valoraría dicho impacto como una *lesión psíquica* subsumible en el correspondiente delito de lesiones, teniendo en cuenta que una de las formas agravadas del mismo prevista en el art. 148,3º es que «la víctima fuere menor de doce años»? Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cádiz no estimó el delito de lesiones psíquicas como entidad autónoma, sino que las consideró un efecto colateral de la visión del asesinato de su hermana a que el padre le obligó. La sentencia del Tribunal Supremo corrige esta decisión, pero por dificultades probatorias de la entidad y gravedad del resultado lesivo considera que todo lo más se puede admitir una falta, exigiendo además para considerar el impacto emocional como un delito de lesiones que deje algún tipo de huella somáticamente comprobable, una lesión del aparato nervioso central. Naturalmente, probar la lesión psíquica es mucho más difícil que probar la lesión física y la técnica del recurso de casación dificulta aún más que el Tribunal Supremo pueda pronunciarse sobre algo que no se ha dado por probado en la sentencia de la Audiencia, pero la base somática a que se refiere esta sentencia del Tribunal Supremo no constituye la esencia de la misma, sino un dato probatorio más. Lo importante es, a mi juicio, que quede acreditado mediante la prueba pericial correspondiente, que puede ser puramente psicológica, que dicho efecto perjudicial para la psique del niño se produjo y que es probable que persista y dure toda la vida (aunque esto no sea estrictamente necesario), afectándolo en su normal equilibrio psíquico y emocional, cualquiera que sea después la calificación clínica que de esa patología hagan los expertos (neurosis, trastorno emocional, etc.) y cualquiera que sea el efecto que tenga en el aparato nervioso central.

Pero estas dificultades probatorias han hecho que, en general, la jurisprudencia habida hasta la fecha desde la reforma de 1983, que introdujo expresamente las lesiones psíquicas en el Código penal, no haya sido muy proclive a apreciar la lesión psíquica, aunque esto no quiere decir que una vez demostrada la fehaciencia de la misma el tipo penal correspondiente del delito de lesiones no sea aplicable. Así, por ejemplo, la STS de 30 de octubre de 1994, en un caso en el que unos niños habían sido sometidos por una secta a una educación que podía calificarse de no convencional, niega la existencia de lesiones psíquicas en sentido de enfermedad mental de origen endógeno o exógeno, dado que «los daños psíquicos tienen que ir más allá de las simples carencias y desfases sociales y superar los meros desajustes afectivos o emocionales». Lo que confirma precisamente que cuando el daño psíquico vaya más allá de esas simples carencias o desajustes y produzca un verdadero impacto negativo en el desarrollo psico-emocional de un niño debe ser calificado de lesión, dependiendo la gravedad de la misma de su entidad y persistencia, lo que debe ser valorado por los peritos al objeto de determinar el presupuesto objetivo sobre el que se basa dicha calificación.

Más discutible es la existencia de este delito de lesiones psíquicas respecto a la madre en el caso antes citado de la STS de 9 de junio de 1998, aunque probablemente el propósito del sujeto cuando mató a la niña era hacer sufrir a la madre donde más podía dolerle («clavarle una astillita en el corazón», dijo literalmente cuando fue detenido). Es evidente el impacto psíquico y el consiguiente daño a su salud mental que le ha producido el hecho, pero probablemente tiene razón en este caso la STS cuando considera que este daño psíquico en la madre es inherente al propio resultado luctuoso. Ciertamente, lo más que puede dolerle a una madre es saber que un hijo pequeño ha sido asesinado de esa manera por su propio padre, pero este impacto ya es tenido también en cuenta en la valoración del asesinato con las penas más graves. También la madre que muere de infarto al conocer la noticia de la muerte de su hijo asesinado es afectada por la acción del asesino, pero no es posible valorar esa muerte como un asesinato más, por lo menos en un plano estricto de causalidad y conforme a las reglas de la imputación objetiva, y todo lo más habrá que tenerlo en cuenta en la determinación de la pena o en la indemnización civil.

Pero para que la lesión, física o psíquica, pueda calificarse de delito se exige que la sanidad de la lesión, además de una primera asistencia facultativa, requiera *tratamiento médico o quirúrgico*. Si la lesión no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, entonces constituye una falta tipificada en el art. 617,1, que justamente se caracteriza como un tipo residual o subsidiario cuando la lesión no cumple los requisitos establecidos en el art. 147,1.

Para diferenciar el delito de la falta de lesiones hay que distinguir, pues, entre primera asistencia y tratamiento médico o quirúrgico.

Aunque puede parecer forzado diferenciarlos, estos dos conceptos no son, desde luego, equivalentes. La asistencia es la ayuda que se presta a quien tiene algún problema, se queja o se duele de algo, sin

que ello exija necesariamente la adopción de ninguna medida curativa. El tratamiento es, por el contrario, un conjunto sistemático de actos realizados en el transcurso del tiempo con finalidad eminentemente curativa. Obviamente, la actuación médica de una u otra forma conlleva distinta gravedad de la lesión.

Esta diferenciación, teóricamente correcta, no es, sin embargo, fácil de llevar a la práctica y presenta, a veces, dificultades insuperables. Así, por ejemplo, aunque el art. 147,1 habla de *primera asistencia*, no debe confundirse este término con el de *asistencia única* ni con el de *asistencia inmediata*. Una primera asistencia puede requerir la intervención de varios profesionales de la medicina que actúen a la vez o sucesivamente, incluso sin relación entre sí. Piénsese en los casos en que sea preciso hacer un análisis clínico o un examen radiológico, o en los casos en los que el lesionado, no conforme con la primera asistencia o queriendo confirmar el diagnóstico realizado en ella, acude por su cuenta a otros profesionales de la medicina. También puede calificarse de primera asistencia la prestada algún tiempo después de producirse la lesión, bien porque el lesionado no acude al médico inmediatamente después de la lesión, bien porque la sintomatología de la lesión no aparece hasta más tarde.

Es, pues, el tratamiento médico o quirúrgico el verdadero elemento diferencial entre el delito y la falta. Por las razones ya dichas deben excluirse del concepto de tratamiento los casos en los que el personal sanitario interviene o debe intervenir ante una sintomatología, queja o demanda del lesionado que luego no da lugar a una actividad propiamente terapéutica. La expresión contenida en el art. 147,1, *además de una primera asistencia*, indica que todos «los actos médicos, aun curativos, fijados o practicados en dicha primera asistencia, forman parte de ella y no constituyen un tratamiento médico o diferenciado» (así la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, p. 206).

En todo caso, para evitar cualquier tipo de dudas, en el mismo apartado 1 del art. 147 se dice expresamente que «la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico». Pero a partir de ahí, todo lo que exija una actividad curativa ulterior, o todo lo que ya desde el primer momento exige un plan terapéutico a desarrollar en el tiempo, debe estimarse como tratamiento y, por tanto, la lesión como delito. Ello es evidente cuando el tratamiento consiste en una medicación que no sea puramente preventiva, sino curativa. Así, por ejemplo, la prescripción de unos antibióticos para prevenir una infección no sería todavía tratamiento, pero sí lo sería la misma prescripción para tratar una infección ya detectada. Por supuesto que también pueden tener la conceptuación de tratamiento las medidas dietéticas, de higiene o reposo, así como el internamiento psiquiátrico o el tratamiento psiquiátrico, incluyendo en él el psicológico y el psicoanalítico. Una cura de sueño o un reposo absoluto pueden ser tan necesarios o más que una medicación para restablecer el equilibrio físico y psíquico; la prescripción de un tranquilizante para paliar un momentáneo ataque de nervios no dejaría de ser, sin embargo, una primera asistencia facultativa.

Iguales problemas plantea el tratamiento quirúrgico, por cuanto muchas intervenciones quirúrgicas se agotan en un solo acto (por ej., extracción de una muela sin necesidad de intervención posterior); mientras que una herida leve puede exigir puntos de sutura, la prescripción preventiva de unos antibióticos o un diagnóstico radiológico, sin que llegue a exigir un verdadero tratamiento.

Desde luego, las diferencias son sutiles y difíciles de llevar a la práctica, pero obligadas por cuanto constituyen el criterio legal para diferenciar el delito de la falta de lesiones. En esta materia es inevitable un amplio arbitrio judicial, aunque siempre asesorado médico-legalmente. Otros datos que objetivan los criterios legales son la *necesidad* del tratamiento y su *prescripción por un titulado facultativo o de grado medio*, cuando este último esté habilitado para ello.

Esta necesidad quiere decir que aunque la lesión pueda no ser tratada por profesional sanitario, sino por un no profesional o por el propio lesionado, debe ser de tal entidad que objetivamente requiera de una intervención sanitaria profesional. Ello depende muchas veces del nivel cultural y del contexto en que se produzca la lesión, pero no pueden excluirse del concepto de lesión casos, como la rotura de un dedo o la provocación de una enfermedad, en los que el sujeto prefiere tratarse a sí mismo o ponerse en manos de un curandero, ya que en nuestro contexto son lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico.

> En general, la doctrina y la jurisprudencia (véase, por ej., STS 3 mayo 1996) vienen exigiendo desde la reforma de 1989 un concepto objetivo de tratamiento médico y de su necesidad, aunque resaltan las dificultades de distinción en algunos casos con el concepto de «necesidad de una asistencia facultativa», dejando fuera del concepto de tratamiento las actividades diagnósticas o preventivas (para un resumen del estado del problema en doctrina y jurisprudencia, véanse BERNAL DEL CASTILLO, pp. 245 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR/ HERNÁNDEZ TRIVIÑO, pp. 949 ss.).

El apartado 2 del art. 147

Las dificultades interpretativas que ofrece el criterio establecido en el art. 147,1 para diferenciar el delito de la falta de lesiones son, de todas formas, obvias y, por eso, no es extraño que el propio legislador ofrezca en el apartado 2 del art. 147 una posibilidad atenuatoria que permite rebajar la pena de prisión del tipo básico a la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando el hecho descrito en el apartado 1 del art. 147 «sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido». Este marco penal queda así como una especie de tercera vía a la que puede recurrir el juez en caso de duda de la calificación de la intervención médica o de la importancia objetiva de la lesión. Claro que ello implica una especie de resignación ante la dificultad que ofrece la propia fenomenología del delito de lesiones. Incluso dentro del tratamiento propiamente dicho hay grandes diferencias entre una prescripción médica de antibióticos, analgésicos o tranquilizantes puramente rutinaria y un complejo tratamiento prolongado en el tiempo, con medicamentos fuertes, con efectos secundarios o necesidad de reposo absoluto; entre unos puntos de sutura o la reducción de una fractura simple y una complicada intervención quirúrgica con necesidad de anestesia total, apertura de cavidad abdominal, etc. Todo ello debe traducirse en diferentes grados de responsabilidad penal que lógicamente no dependen sólo de la entidad objetiva de la lesión, sino también del grado de participación subjetiva del autor de la misma, hasta el punto de que en el art. 621,1 se califica, excepcionalmente, de falta la causación «por imprudencia grave» de las lesiones previstas en el apartado 2 del art. 147 (cfr. *infra*: especial consideración del elemento subjetivo).

La conversión de la falta de lesiones en delito en caso de habitualidad

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de forma paralela a la reforma que introduce en materia de hurto y en la misma tendencia general de agravar la pena en caso de habitualidad y reincidencia, ha añadido un párrafo segundo al apartado 1 del art. 147 que permite convertir en delito de lesiones lo que originariamente es una falta. El texto del nuevo precepto dice lo siguiente:

> «Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código».

El precepto refleja una tendencia, que también se observa en otros preceptos introducidos en esta reforma (cfr. arts. 66,1,5ª, 234, párrafo segundo, y 244,1, párrafo segundo), a un recusable «Derecho penal de autor». Efectivamente, en este entendimiento del Derecho penal el

presupuesto de la reacción penal no es tanto el hecho cometido (que puede ser de escasa gravedad), como la personalidad del autor, tomándose el hecho sólo como síntoma de esta personalidad. Evidentemente, el legislador está pensando en personas pendencieras, de carácter agresivo que sobre todo cuando consumen bebidas alcohólicas suelen meterse en peleas y discusiones en las que muchas veces los contrincantes están en la misma situación de ingestión alcohólica. Si el hecho que se puede observar en discotecas, competiciones deportivas o en la misma calle no pasa de unos golpes o malos tratos o de causar unas lesiones que ni siquiera requieren tratamiento médico o quirúrgico, no se entiende muy bien, por lo menos desde el punto de vista de un coherente «Derecho penal de acto», por qué debe ser castigado más gravemente, como reo de un delito que tiene asignada una pena de prisión de hasta tres años. Por otra parte, el presupuesto para aplicar esta norma es sumamente arbitrario, ya que no se basa en previas condenas, sino en la mera constancia (¿cómo? ¿por quien?) de que el sujeto haya realizado, *en el plazo de un año*, cuatro veces la acción (o acciones) descrita en el art. 617. La prueba de tales hechos en un juicio no es tarea fácil, si se tiene en cuenta que los hechos pueden no haber dado lugar a actuaciones judiciales o policiales anteriores, o haber sido cometidos en lugares diferentes y en relación a diversas personas que ni siquiera los hayan denunciado o puede que no haya testigos ni otro tipo de pruebas que acrediten los golpes o malos tratos. ¿Bastará el mero atestado o el informe policial de que es un individuo pendenciero que en el último año ha estado implicado en por lo menos cuatro reyertas o agresiones físicas, de las que no se derivó ninguna lesión relevante? Pero es que, además, si una de las faltas se produjo seis meses antes sin que haya habido actuación que interrumpa el plazo de prescripción, ya no podrá valorarse para constituir el presupuesto del art. 147.

El paralelismo con los también recusables preceptos similares que se introducen respecto al hurto y al robo y hurto de uso de vehículos de motor (cfr. *infra* capítulos XVI y XVIII) es evidente, pero en estos delitos patrimoniales la delimitación entre la falta y el delito se atiene a estrictos límites objetivos de cuantías y la suma de las cuatro infracciones puede tener una cierta relevancia en la valoración global de las mismas; además, cada uno de los hechos aisladamente considerado puede ser más fácilmente probado. Sin embargo, la realización de acciones que ni siquiera pasan el nivel de los golpes o los malos tratos de obra depende de factores diversos difícilmente valorables de una manera unitaria. Tampoco convence el paralelismo con la «habitualidad» que se menciona tras la reforma en el art. 173,3, porque este precepto se refiere a relaciones de convivencia familiar o similares a ella,

una de cuyas características es la habitualidad del contacto personal; por otra parte, tampoco limita a un plazo determinado la realización de las mismas, sino que atiende «al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos». En todo caso, ninguno de estos preceptos es compatible con el Derecho penal de acto.

TIPOS CUALIFICADOS

Son los contenidos en los arts. 148, 149 y 150. En tales artículos se tienen en cuenta, para imponer una pena más grave que la fijada para el tipo básico, tanto la gravedad del medio empleado, la forma en que la lesión se lleve a cabo o la cualidad de la víctima (art. 148), como la mayor gravedad del resultado (arts. 149 y 150).

A) POR EL MEDIO EMPLEADO, LA FORMA DE COMISIÓN O LA CUALIDAD DE LA VÍCTIMA

Según el art. 148: «Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:
1º. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.
2º. Si hubiere mediado ensañamiento.
3º. Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz».

Estas cualificaciones no aumentan automáticamente la pena del tipo básico cuando concurran en un delito de lesiones, pues el propio precepto determina que ello sólo es así «atendiendo al resultado causado o riesgo producido» y en la medida en que el Tribunal las valore como determinantes de una mayor gravedad de la lesión del tipo básico («podrán ser castigadas»). Las cualificaciones se refieren además sólo a las lesiones previstas en el art. 147,1; por tanto, si concurren en la falta del art. 617,1, o en las cualificaciones por la mayor gravedad del resultado de los arts. 149 y 150, funcionarán, en su caso, como agravantes genéricas.

a) Por la peligrosidad del medio

El art. 148,1º permite imponer la pena de prisión de dos a cinco años «si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado».

La razón de ser de esta agravación es la peligrosidad objetiva del medio empleado en la lesión, cualquiera que sea la gravedad de la lesión misma que se haya producido. La utilización de un arma de fuego, un cuchillo de cortar jamón, un hacha, una navaja de grandes dimensiones, etc., constituye, pues, esta agravación, siempre que el sujeto activo sea consciente de la peligrosidad objetiva («concretamente peligrosas») del medio utilizado.

b) Por el empleo de ensañamiento

El número 2º del art. 148 establece la misma cualificación de la pena para la lesión prevista en el apartado 1 del art. 147 «si hubiere mediado ensañamiento». Por tal hay que entender los actos que configuran la agravante genérica en el art. 22,5ª, es decir, aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, en la forma en que ya hemos descrito en relación con el asesinato en el capítulo I. Si el hecho se produce por las personas citadas en el art. 174 (autoridad o funcionario público) en relación con las circunstancias allí previstas, se aplicará el art. 148,2º con la agravante de prevalimiento del carácter público, salvo que resulte mayor pena apreciando un concurso entre el art. 174 y el delito básico de lesiones o, en su caso, el tipo cualificado de lesiones que corresponda, siempre que no sea el propio art. 148,2º (véase *infra* capítulo VII). Por lo demás, la presencia de esta cualificación excluye la aplicación de la agravante genérica, que, sin embargo, es aplicable como tal en las cualificaciones previstas en los arts. 149 y 150, o en la falta del art. 617,1.

c) Por la cualidad de la víctima

El art. 148,3º permite imponer la pena antes citada «si la víctima fuere menor de doce años o incapaz». Como ya se ha advertido antes, es preciso que este hecho genere una mayor peligrosidad de la acción o mayor indefensión de la víctima; no basta, por tanto, con que la víctima sea menor de doce años o incapaz para que automáticamente se aplique la cualificación. Aquí el término «incapaz» debe ser interpretado en el sentido del art. 25.

B) POR LA ENTIDAD DEL RESULTADO

Aunque, como ya hemos dicho antes, el resultado en el delito de lesiones es siempre un menoscabo de la integridad corporal o de la salud, la mayor o menor gravedad de este menoscabo puede determinar también una mayor gravedad de la pena aplicable al responsable del delito de lesiones, en la medida en que esa mayor gravedad objetiva de la lesión sea también abarcada por el dolo (cfr. *infra*: especial consideración del elemento subjetivo). Los arts. 149 y 150 establecen una serie de cualificaciones en función de la mayor o menor gravedad de los resultados que produzca la lesión.

a) Cualificación del art. 149

> «1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.
> 2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz».

Los resultados mencionados en este art. 149 consisten en graves menoscabos de la integridad física o de la salud, algunos de ellos irreversibles, como la pérdida o inutilización de un órgano o miembro principal, o de algún sentido (de la vista, del oído), la impotencia, etc.; o difícilmente corregibles, como una grave deformidad, grave enfermedad (SIDA), etc. De ahí la especial gravedad de la pena con la que se castiga esta cualificación.

Ya en la anterior regulación había entendido la jurisprudencia que tanto la pérdida anatómica, como la funcional de un miembro eran equivalentes, criterio que se recoge ahora con claridad en el art. 149 («la pérdida o la inutilidad»), por lo que habrá que entender que se incluye también en esta cualificación la «mutilación». Se consideran también equivalentes a los efectos de aplicar esta cualificación la impotencia y la esterilidad (lo que puede ser discutible), la pérdida de visión en un ojo o del ojo mismo, etc. El órgano o miembro inutilizado o mutilado debe ser «principal», entendiéndose por tal el esencial, pero no vital: un riñón, el pie, la lengua, la mano, un ojo, etc. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha añadido el apartado 2º del art. 149, que castiga expresamente la mutilación genital. La pena es la misma que la prevista en el apartado anterior, y en realidad no constituye ninguna novedad, ya que esta conducta podía considerarse igualmente típica conforme al apartado 1º. Lo único que se añade ahora es la posibilidad de aplicar en este caso la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento cuando la víctima sea menor o incapaz. Por supuesto, entra dentro de esta cualificación la ablación del clítoris, cuya persecución plantea, sin embargo, problemas cuando se comete fuera del territorio nacional (por ej., con niñas africanas en sus países de origen; véase Ropero Carrasco). En todo caso, cuando el miembro u órgano no es principal será aplicable la cualificación del art. 150 (cfr. *infra*).

El concepto de *deformidad* es un concepto valorativo estético que depende de las más diversas circunstancias. La edad, sexo, profesión, etc. del lesionado son decisivos a la hora de determinar lo que se entiende por deformidad. La cualificación del art. 149 sólo es aplicable en caso de que la deformidad sea «grave». Normalmente se consideran como tales las cicatrices y desfiguraciones del rostro, la pérdida de dientes incisivos y las cicatrices en el cuello o en el muslo, pero no en la cabeza o en el vientre. En el concepto de deformidad se revela la amplitud del concepto de salud e integridad corporal.

b) Cualificación del art. 150

> «El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años».

Este precepto es subsidiario del anterior, en la medida en que si los resultados producidos son los previstos en el art. 149, éste será el aplicable (cfr. art. 8,2ª). Por miembro u órgano no principal se entiende lo que ni es vital, ni esencial para la salud o la integridad: un dedo, el lóbulo de la oreja, etc.; por deformidad, cualquier desfiguración del cuerpo cuya visión produce un sentimiento de desagrado estético en los demás (concepto objetivo, por tanto, no subjetivo); si la deformidad es grave la cualificación aplicable es la del art. 149. La relatividad de este concepto no debe, sin embargo, desdibujar la objetividad con la que debe ser interpretado, aunque en esa objetividad tengan también

que tenerse en cuenta las circunstancias personales de la víctima: así, por ej., una cojera evidente es, objetivamente, una deformidad grave; una pequeña cicatriz en la cara puede ser grave en el caso de una «modelo fotográfica», y menos grave en una persona dedicada a otro tipo de actividades. Las posibilidades de reparación de la deformidad con una intervención de cirugía estética deben también ser tenidas en cuenta en orden a determinar la gravedad de la deformidad; desde luego, una deformidad que quede bien reparada con una sencilla operación de cirugía estética debe ser valorada como menos grave que otra en la que esa posibilidad no exista o sea más difícil de realizar.

Especial consideración del elemento subjetivo

1. Tanto en el tipo básico como en los cualificados se tipifican conductas dolosas. La comisión imprudente de estos hechos se castiga en el art. 152.

Sin embargo, es evidente que la imputación a título de dolo de los resultados cualificantes o, simplemente, de la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico para la calificación de la lesión como delito sólo puede hacerse en la medida en que el Tribunal sentenciador, tras la correspondiente valoración de la prueba, llegue al convencimiento de que realmente se dio el dolo, siquiera sea con la fórmula del dolo eventual. De lo contrario, todo lo más, y en la medida en que se den los elementos de la imputación a título de imprudencia (falta de diligencia debida, imputación objetiva del resultado, etc.), habrá que apreciar esta forma menos grave de imputación.

Lo que no se puede admitir en ningún caso es que el dolo se exija sólo respecto a la acción inicial de causar una lesión, bastando para imputar el resultado la conexión causal entre éste y la acción, pues esto infringiría claramente el principio de culpabilidad o trataría por el mismo rasero las distintas formas de imputación subjetiva. Si la pura responsabilidad objetiva viene vedada por los arts. 5 y 10 del Código penal, también debe estar vedada por el mismo principio que inspira estos preceptos (el de culpabilidad), además de por la idea de proporcionalidad, la equiparación entre producción dolosa e imprudente de un resultado.

En los casos en los que una acción dolosa inicial de lesionar vaya acompañada de un resultado de lesiones más graves que el querido, directa o eventualmente, la solución correcta es aplicar la técnica del concurso (ideal) entre la lesión dolosa inicial y la realmente producida

por imprudencia. Cuando el resultado cualificante se produce como consecuencia del empleo de los medios previstos en el art. 148,1º es más fácil imputarlo a título de dolo, en la medida en que el sujeto sea consciente de su peligrosidad. Igualmente, se requiere para aplicar la cualificación del art. 148,3º que el sujeto sepa que la víctima es menor de doce años o incapaz.

2. La imprudencia se castiga como delito, cuando es «grave», con la pena de prisión de tres a seis meses si se tratare de las lesiones del art. 147,1; con la pena de prisión de uno a tres años si se tratare de las lesiones del art. 149; y con la pena de prisión de seis meses a dos años si se tratare de las lesiones del artículo 150 (cfr. art. 152,1). La imprudencia grave respecto a las lesiones castigadas en el apartado 2 del art. 147 y cualquier otra lesión constitutiva de delito producida por imprudencia «leve» se castigan respectivamente, como faltas, con la pena de multa de uno a dos meses y de diez a treinta días (art. 621,1 y 3).

Respecto a la imprudencia constitutiva de delito, cuando los hechos hayan sido cometidos utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por un período de uno a cuatro años. Si las lesiones fueren cometidas por «imprudencia profesional», se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años (cfr. art. 152,2 y 3).

La imprudencia constitutiva de una falta de lesiones también lleva aparejada la privación del derecho a conducir o a tener o portar armas por tiempo de tres meses a un año, cuando el hecho se hubiere cometido con un vehículo a motor o un arma. La falta sólo es perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (cfr. art. 621,4, 5 y 6). Por lo demás, tanto en la imprudencia constitutiva de un delito, como de una falta, son aplicables las reglas y principios generales que informan esta forma de imputación subjetiva del delito en los casos en los que está especialmente castigada (cfr. art. 12 y lo dicho respecto al homicidio por imprudencia *supra* capítulo I y al tratamiento médico en este mismo capítulo; también FEIJÓO SÁNCHEZ).

3. Otro aspecto interesante es el de si el dolo de matar acoge también el dolo de lesionar. La cuestión tiene gran importancia práctica en el desistimiento activo en caso de tentativa de homicidio (o asesinato). Si, por ejem-

plo, A da un veneno a B y después, arrepentido, le da un antídoto evitando que B muera, A no puede ser condenado por tentativa de asesinato, porque el desistimiento voluntario activo excluye la penalidad de su conducta; pero ¿puede ser castigado por lesiones, caso de que éstas se produjeran?

La cuestión es discutida. La *teoría de la voluntad* afirma que el dolo en ambos delitos es diferente y que, por tanto, si no se castiga el homicidio no pueden castigarse tampoco las lesiones, ya que el dolo de este delito no se da. La *teoría de la unidad* considera, por el contrario, que en estos casos el dolo en ambos delitos es el mismo y que si no se castiga por homicidio puede hacerse por el delito de lesiones.

La doctrina dominante mantiene la teoría de la unidad, que es también la más correcta tanto desde el punto de vista dogmático, como político-criminal. La voluntad de matar y la de lesionar, aunque no coincidan en el fin, sí pueden coincidir en los medios elegidos, que pueden ser idóneos para uno u otro resultado. Por otra parte, la realidad demuestra que, cuando se tiene intención de matar, se debe aceptar como posible un resultado de lesiones, con respecto al cual existirá por lo menos dolo eventual, e incluso esas lesiones pueden ser el paso obligado para causar la muerte. Una prueba de que el elemento volitivo del dolo no es tanto el querer el resultado concreto (en este caso, la muerte), como el asumir que también se puede producir otro resultado menos grave (en este caso, la lesión) que se acepta como, nunca mejor dicho, «mal menor», en todo caso inevitable si el resultado que se pretendía, a pesar de todo, no se produce.

Por lo demás, ésta es también la tesis que se desprende del art. 16,2 («sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta»: la llamada *tentativa cualificada*). Así pues, en el caso citado de desistimiento voluntario del homicidio, aunque no pueda castigarse por homicidio intentado sí podrá castigarse por las lesiones producidas. También, aunque excepcionalmente, puede castigarse por delito de lesiones en caso de tentativa de homicidio, cuando las lesiones producidas tengan mayor pena que la que corresponde al homicidio intentado (la víctima pierde, por ejemplo, un órgano o miembro principal, cfr. art. 149 y lo dicho *supra* capítulo I: formas imperfectas de ejecución del homicidio).

El castigo de los actos de participación intentada

En el art. 151 se castigan con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente de lesiones dolosas, previsto en los artículos anteriores, «la provocación, la conspiración y la proposición» para cometer alguno de dichos delitos.

PARTICIPACIÓN EN RIÑA

Según el art. 154: «Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses».

El Código no castiga, pues, la mera participación en riña, sino la participación utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o la integridad; la mera participación es, por tanto, impune como tal. El amenazar o sacar las armas en una riña es punible sólo como falta en el art. 620,1º.

Las razones de la creación de este precepto son más de tipo histórico que criminológico. La ventaja que tiene el nuevo modelo frente al anterior a 1989 es que prescinde de las recusables presunciones de culpabilidad que anteriormente se daban y de condiciones objetivas de punibilidad que, si bien restringían el tipo, no tenían que tener ninguna relación de adecuación con la participación en riña como tal. Lo único que queda de la antigua regulación es la exigencia de que la riña sea «acometiéndose tumultuariamente»; han de intervenir, por tanto, más de dos personas y es preciso que se llegue a las vías de hecho, no bastando las simples agresiones verbales.

EMPLEO DE VIOLENCIA CONTRA PERSONAS VINCULADAS AL AGRESOR

El párrafo 1º del art. 153, tras la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha quedado redactado de la siguiente forma:

«El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, 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, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 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».

Aunque con otra redacción, fue ya introducido en el Código penal anterior en la reforma de 1989 para sancionar los malos tratos en el ámbito familiar, problemática que ha ido en aumento en los últimos

años y que motivó la reforma de 1999, que modificó la redacción que originariamente se daba a este precepto en el Código penal de 1995. Pero esta materia ha vuelto a ser afectada por la reforma de septiembre de 2003, en la que se regula este problema en una doble modalidad delictiva. Por un lado, el art. 153 se redacta de forma que se eleva a la categoría de delito, y no de simple falta, la causación a otro de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código penal, el golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, o el amenazar 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 art. 173,2». Por otro lado, en el art. 173,2 se castiga, como delito contra la integridad moral, al que «habitualmente ejerza violencia física o psíquica» sobre una serie de personas que tengan o hayan tenido con la víctima una relación de cónyuge o análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre otras personas en el ámbito de una relación familiar o de convivencia familiar, o personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (véase *infra*, capítulo VII).

En lo que se refiere al art. 153, frente a la regulación anterior la reforma del 2003 se caracteriza por elevar a la categoría de delito la falta de lesiones y de malos tratos de obra previstas en los apartados 1 y 2 del art. 617 y la de amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos prevista en el art. 620,1º, siempre que se cometan contra personas vinculadas al agresor en la relación familiar o cuasi familiar prevista en el apartado 2 del art. 173.

En efecto, *cuando no se cometen contra dichas personas*, el art. 617,1 castiga como falta la causación de una lesión no definida como delito con la pena de localización permanente de 6 a 12 días o multa de uno a dos meses y el art. 617,2, la falta de malos tratos sin causar lesión con la pena de localización permanente de 2 a 6 días o multa de 10 a 30 días. Respecto a las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, se castigan como falta en el art. 620,1º con la pena de multa de 10 a 20 días, *si no se dirigen a personas vinculadas al agresor*. Por otra parte, en el art. 620,2º se prevé como falta, con la misma pena de multa, el causar a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación de carácter leve, *pero si el ofendido fuera alguna de las personas a que se refiere el art. 173,2*, la conducta se castiga (como falta, pues este supuesto no se contempla en el art. 153) con la pena de localización permanente de 4 a 8 días «siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima», o trabajos en beneficio de la comunidad de 5 a 10 días. En este caso no será exigible la denuncia que se requiere para los demás casos del art. 620. En el Proyecto de Ley sobre violencia contra la mujer de junio de 2004 se prevé convertir esta falta en delito cuando el sujeto pasivo es una mujer.

Por otro lado es de destacar que el art. 57,1 permite imponer, entre otros, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la integridad moral o contra el honor, una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 (privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos y prohibición de aproximarse a o de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez). Tras la reforma de 2003, sin embargo, cuando dichos delitos son cometidos contra las personas mencionadas en el art. 173,2, ha de acordarse *en todo caso* la prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas por un tiempo de hasta 10 años si el delito fuera grave o de 5 si fuera menos grave (art. 57,2). Las prohibiciones del art. 48 pueden imponerse también por la comisión de las faltas contenidas en los arts. 617 y 620 (art. 57,3). Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene una serie de medidas de carácter preventivo a adoptar durante la tramitación del proceso, que persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima.

En el párrafo segundo del art. 153 se contienen ahora también una serie de tipos cualificados. En efecto, la pena se impondrá en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores o utilizando armas, o cuando tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o cuando se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Pero quizás la novedad más importante de la reforma de 2003 en esta materia es la configuración como delito contra la integridad moral de la violencia habitual física o psíquica sobre personas vinculadas al agresor, «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». Por tanto, nos remitimos al capítulo donde nos ocupamos del delito contra la integridad moral (*infra*, capítulo VII) para ocuparnos con mayor extensión de esta nueva regulación del problema.

EL CONSENTIMIENTO DEL LESIONADO

Dice el art. 155: «En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.
No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz».

La relevancia del consentimiento del lesionado ha sido objeto de especial regulación en el Código penal español desde 1963, fecha en la que se introdujo un precepto que declaraba de forma genérica que «las penas señaladas en el capítulo anterior (es decir, en los delitos de lesiones) se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado». La generalidad con que se redactó este precepto creó problemas interpretativos de difícil solución, ya que literalmente podía llevar a las más absurdas conclusiones, algunas de las cuales se mantuvieron hasta épocas recientes (como la de considerar que la esterilización voluntaria de una persona adulta que no quería tener más hijos podía ser un delito de esterilización castigado con penas de hasta veinte años de prisión). Para solucionar los casos más urgentes y evidentes de licitud de esterilización voluntaria, cirugía transexual y trasplantes de órganos, en 1983 se adicionó un párrafo en el que se permitían expresamente estas intervenciones médicas, lo que interpretado literalmente podía llevar a la también absurda conclusión de que en los demás casos el consentimiento del lesionado (o del paciente) seguía siendo irrelevante y no eximía de pena. En 1989 se añadió un nuevo párrafo para permitir expresamente la esterilización de deficientes mentales, lo que propiamente no es un problema de consentimiento (el deficiente mental no puede consentir válidamente), sino de estado de necesidad (sobre las diferentes versiones legales de este problema pueden consultarse las distintas ediciones de esta obra; para una exposición global de las mismas, véase MUÑOZ CONDE, 11ª ed., pp. 99 ss.).

La regulación que prevé el art. 155 del Código penal de 1995 no sólo no resuelve satisfactoriamente el problema, sino que lo complica aún más:

– Por un lado, en el art. 155 se dice que «en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados», no siendo válido, según el párrafo segundo, el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

– Por otro lado, se recogen en el art. 156 las mismas excepciones que ya se introdujeron en el art. 428 del anterior Código penal en las reformas de 1983 y 1989 (véase *supra*), es decir, se le da relevancia al consentimiento en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, como si fueran éstos los únicos supuestos en los que el consentimiento es relevante, y se regula la esterilización de los deficientes psíquicos que, en realidad, no es un problema de consentimiento.

De acuerdo con esta regulación se sigue considerando, pues, como principio rector en esta materia, que el consentimiento del «ofendido», aun válidamente emitido, no exime de pena, sino que sólo la atenúa. Se establece así un curioso paralelismo entre las lesiones consentidas y el delito de cooperación ejecutiva al suicidio, negándose capacidad

de disposición a la persona no ya sobre su vida, sino también sobre su salud e integridad corporal. Pero si respecto a la vida dicha decisión puede tener algún fundamento, sobre todo y en la medida en que la muerte es irreversible, respecto a la salud y a la integridad corporal el punto de vista debe ser el contrario. Ciertamente puede parecer extraño que producir una grave lesión a una persona (una mutilación, por ej.) quede impune porque dicha persona consienta en ello. Pero, ¿qué otra cosa sino el consentimiento puede justificar una operación de cirugía estética consistente en reducir unos pechos excesivamente grandes, recortar una nariz, eliminar arrugas o extraer toda una dentadura natural, aunque fea, para sustituirla por unos dientes de porcelana o una dentadura postiza? La propia presencia del art. 156 demuestra que en casos de cirugía transexual (cambio de sexo), esterilización o trasplante de órganos el consentimiento de la persona afectada por este tipo de intervenciones (a la que desde luego difícilmente se puede llamar «ofendido») es lo que realmente las justifica, poniendo el legislador especial cuidado en exigir que el consentimiento sea válido, es decir, que no se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o que el otorgante no sea menor de edad o incapaz. Pero, como ya decíamos en anteriores ediciones respecto a la regulación anterior a partir de 1983, esto no quiere decir que el consentimiento prestado para otro tipo de intervenciones, sea de carácter médico o de cualquier otra naturaleza (lesiones deportivas, boxeo, prácticas sado-masoquistas, flagelaciones mutuas, etc.), sea irrelevante, o todo lo más atenúe la pena correspondiente por las lesiones causadas. En realidad, si se busca limitar la relevancia del consentimiento del lesionado sobre la base de la naturaleza de la lesión de que se trate, se entra en un círculo vicioso difícil de resolver si no se recurre a valoraciones morales no del todo compatibles con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra el art. 10 de la Constitución. Por otra parte, se puede dar la impresión errónea de que incluso en los casos de intervenciones médicas frecuentes y completamente normales no es el consentimiento del paciente (al fin y al cabo afectado directamente por la intervención y en cierto sentido «lesionado» por ella), sino una especie de «derecho del médico» a realizar la intervención, aun sin el consentimiento del lesionado, lo que justifica la intervención misma, lo que obviamente se contradice con la naturaleza personalista del bien jurídico que antes hemos mantenido.

A la vista de ello, hay que interpretar el art. 155 en el sentido de que el único consentimiento que no puede eximir ni atenuar la pena en el delito de

lesiones es el «*viciado*», es decir, aquél que por inmadurez de la persona que consiente (menor de edad o incapaz a que se refiere el párrafo segundo del art. 155), por falta de información o por constreñimiento ilícito de su voluntad no puede tener relevancia. Éste será también el caso cuando el sujeto no tenga conciencia exacta del alcance de su consentimiento (porque, por ej., se le ha engañado con respecto a la gravedad de la intervención a la que se le va a someter) o porque se abusa de una situación económica angustiosa para, por ej., a cambio de una sustanciosa cantidad de dinero, conseguir la donación de un riñón (véase *infra*: la exposición voluntaria a actividades peligrosas).

El consentimiento, válidamente otorgado, puede y debe, pues, no sólo atenuar, sino eximir de pena en el delito de lesiones siempre que la acción que la produjo se realice dentro de los límites que el consentimiento señaló. Así, por ejemplo, nadie consiente en una intervención quirúrgica que objetivamente vaya a empeorar su salud o en que se le rompa intencionadamente una pierna en un partido de fútbol. Pero incluso en estos casos, para exigir responsabilidad penal por la posible causación imprudente o dolosa de la lesión habrá que estar, en primer lugar, al alcance y contenido del consentimiento del lesionado (véase *infra*: exposición voluntaria a actividades peligrosas y tratamiento médico). No es, pues, que el consentimiento exima o no de pena, sino que, más bien, para comprobar, en principio, cualquier exención de responsabilidad penal en el delito de lesiones, bien sea por falta de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, hay que comenzar normalmente por si hubo o no consentimiento y si éste fue válidamente prestado.

Fuera del ámbito de aplicación del art. 155 quedan, en todo caso, los supuestos de participación en una autolesión y, por supuesto, la autolesión misma, que son conductas atípicas. En los casos de puesta en peligro por tercero con consentimiento del afectado lo que se plantea es la posible responsabilidad del tercero por un delito de lesiones imprudentes (art. 152), que nada tiene que ver con el ámbito de aplicación del art. 155 (véase *infra*; a favor de la aplicación de la atenuación prevista en el art. 155 a las lesiones imprudentes, véanse Tamarit Sumalla, en Quintero, Comentarios, p. 750; y García Álvarez).

CASOS PROBLEMÁTICOS

A) La esterilización de deficientes psíquicos

Dice así el art. 156,2: «Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

Cuando se trata de resolver el problema de *la esterilización de los deficientes psíquicos* no hay que recurrir al consentimiento del deficiente, que, por lo demás, siempre sería inválido, sino a su propio interés o «mayor interés del incapaz» que es, como se dice expresamente en dicho precepto, el «criterio rector» a tener en cuenta.

Más que un problema de consentimiento lo que el párrafo segundo del art. 156 viene a resolver es, pues, un caso de estado de necesidad, en el que están en conflicto el derecho del incapaz a su propia capacidad reproductora y la posibilidad de ejercerlo de un modo responsable, además de otros derechos igualmente importantes como el de los hijos a la atención y cuidado necesario por parte de sus padres, el de los padres o guardadores del incapaz a no ver aún más agravada su situación, etc. Obviamente, la importancia de la esterilización misma exige rodearla de una serie de garantías jurídicas. Por eso, en el art. 156,2 se habla de «persona incapacitada», lo que debe interpretarse en un sentido estricto, es decir, como persona ya declarada incapaz a través de un previo proceso de declaración de su incapacidad en la vía civil, y no en el sentido de «incapaz» de que habla el art. 25 del Código penal. A partir de este momento o situación es cuando hay que comprobar si existe además la «grave deficiencia psíquica» con los dictámenes de los especialistas que exige el párrafo segundo del art. 156. Éste es el criterio defendido también por el TC en su sentencia de 14 de julio de 1994 en relación con la regulación contenida en el art. 428 del anterior Código penal tras la reforma de 1989 (véase el comentario a la misma de Muñoz Conde, 1995, pp. 185 ss; véanse también Romeo Casabona, 2004, pp. 244 ss., y Díez Ripollés, en Comentarios I, pp. 591 ss.).

B) La exposición voluntaria a actividades peligrosas

El individuo tiene un amplio margen de autonomía en la realización de actividades peligrosas o en la creación de situaciones de peligro, en las que puede configurar su propio ámbito de responsabilidad, exonerando de la misma al tercero que coopera o que incluso realiza personalmente la actividad peligrosa contando con el consentimiento del titular de los bienes jurídicos que pone en peligro. Surge así un extenso número de casos, cuya peculiaridad común consiste en que, a diferencia de lo que sucede en el suicidio o en los supuestos de autolesión o de lesión consentida, se trata de conductas de mero riesgo consentido o creado por su propio titular, que, como ya se ha dicho,

no entran dentro del ámbito de aplicación del art. 155. Casos de este tipo son el rechazo de una transfusión sanguínea o tratamiento vitales o las huelgas de hambre. En estos casos, como ya hemos dicho (véase *supra* capítulo II), el titular del bien jurídico no quiere directamente el resultado (generalmente, la muerte o una grave lesión), pero asume voluntariamente el riesgo de que ésta se produzca. En supuestos como éstos, el consentimiento del titular de los bienes jurídicos en peligro sólo puede exonerar de responsabilidad penal al tercero que realiza la actividad peligrosa o contribuye de alguna manera en su realización, cuando se trata de un consentimiento válidamente prestado que sirva al libre desarrollo de la personalidad y siempre que la conducta del tercero se mueva en el ámbito de lo consentido. Desde esta perspectiva sería impune, por ejemplo, el seroportador que contagia a quien, conociendo esta circunstancia, decide voluntariamente mantener con él relaciones sexuales; o el médico que respetando la voluntad del paciente se abstiene de realizar un tratamiento (por ej., una transfusión) cuya omisión causa una lesión. No sería impune, en cambio, la utilización del paciente para fines experimentales del propio médico, aunque también en este caso habrá que diferenciar si se trata de una experimentación de una vacuna contra el resfriado, o de la inoculación de un peligroso virus para experimentar una vacuna contra el cáncer.

Hay que ser consciente de que una relevancia plena del consentimiento en estos ámbitos puede debilitar la protección de bienes jurídicos tan fundamentales como la vida y la integridad física de personas que se encuentran en situación precaria y aceptan los peligros, o incluso la lesión, porque no tienen otra salida (el parado que acepta un puesto de trabajo peligroso o está dispuesto a vender un órgano para un trasplante a otra persona, o el preso que se somete a experimentaciones médicas para acortar la duración de su pena). También el caso de las huelgas de hambre puede ser, como ya hemos dicho en el capítulo II, un ejemplo de hasta qué punto es peligroso dar relevancia a la voluntad del titular del bien jurídico de asumir riesgos muy graves para su salud y su propia vida, cuando se encuentra en una situación de privación de libertad o, como se dice en la terminología penitenciaria, en una «relación de sujeción especial» con la Administración. Sería realmente muy peligroso que, cuando el huelguista ha perdido la consciencia o ha entrado en la fase crítica de inminente peligro de muerte, se le dejara llegar hasta el final, en un respeto escrupuloso a su voluntad de autopuesta en peligro. Tampoco el cobayismo, la venta de sangre o de órganos para trasplantes pueden justificarse sin más apelando al consentimiento. Y no sólo porque, al fin y al cabo, ya está prohibido por la Ley General de Sanidad o la de Trasplantes (cfr. arts. 8 y 9,2 RD 2070/1999, de 30 de diciembre) y porque, de algún modo, se pueden entender como supuestos de voluntad viciada (por el estado de necesidad o por algún tipo de coacción que sufre el que «consiente»), sino porque además son prácticas atentatorias a la dignidad humana o sumamente peligrosas para la vida, como pueden serlo también las competiciones de lanzamiento de personas de baja estatura o juegos como la «ruleta rusa». En este tipo de conductas no se debería exonerar de responsabilidad a los terceros que fomentan estas actividades o las explotan comercialmente (por ej., organizando apuestas), aprovechándose de la necesidad de los que no tienen otro remedio que llevarlas a cabo. En este sentido, es especialmente revelador que, por ejemplo, las normas de seguridad e higiene en el trabajo sean de obligado cumplimiento y que el trabajador no pueda renunciar a ellas, pudiendo cometer un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo (art. 316) el empresario que no proporciona los medios protectores al trabajador, aunque éste renuncie a ellos. La polémica sobre la punibilidad del *duelo*, que tan importante fue en la Codificación decimonónica y que hoy parece olvidada, demuestra que el legislador no siempre está dispuesto en los casos de asunción voluntaria del riesgo a exonerar plenamente de responsabilidad penal al tercero. Como ya hemos dicho anteriormente, la disponibilidad de los bienes jurídicos vida e integridad física debe ser compatible siempre con los valores constitucionales fundamentales para el Estado social y democrático de Derecho de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. No se trata de hacer restricciones puramente éticas o morales, difícilmente objetivables en este ámbito, sino de una interpretación global y coherente de los preceptos penales conforme a los principios básicos de respeto y protección de los derechos fundamentales que están en juego en estos casos (sobre toda esta problemática, véase ampliamente, García Álvarez).

Un caso especial dentro de la autopuesta en peligro lo constituyen las *lesiones ocasionadas en las prácticas deportivas*. En ellas, además del consentimiento libre y válido del que resulta lesionado respecto al riesgo de lesión, se requiere que el causante de la lesión se atenga a las normas reglamentarias o, caso de que no existan o sean poco claras, a criterios de adecuación social. El consentimiento, tácito o expreso, a prácticas antirreglamentarias, realizadas y asumidas por ambas partes, sólo puede eliminar la relevancia penal en la medida en que se refiera al peligro propio y no ponga en peligro a los demás. Igualmente, las lesiones provocadas por *doping* o tratamientos anabolizantes ingeridos voluntariamente por el deportista adulto y consciente de la peligrosidad de tales sustancias no son imputables al que suministra los productos, aunque éstos sí puedan responder de otro delito (estafa, contra la salud pública, etc. Véanse Roldán Barbero y Eser, 1990 y 2000).

EL TRATAMIENTO MÉDICO

Se trata de una serie de prescripciones procedentes de persona autorizada a ello, o de acciones realizadas directamente por dicha persona sobre otra, que pueden afectar a la salud y a la integridad física de ésta.

Normalmente el tratamiento médico realizado conforme a la «lex artis», con la diligencia debida y con intención de curar, excluye la parte subjetiva del tipo.

Pero ni siquiera se da el tipo objetivo de un delito de lesiones cuando el tratamiento médico objetivamente mejora y no menoscaba la salud. Sólo el tratamiento médico sin éxito puede llegar a constituir el tipo de un delito de lesiones.

La responsabilidad criminal del médico se mueve generalmente en el ámbito judicial penal dentro del marco de la responsabilidad por imprudencia. Es difícil precisar con nitidez cuándo hay o no imprudencia en la actuación médica. Para ello hay que manejar varios criterios como son:

1º) La propia capacidad profesional del médico, su preparación y experiencia. Parece lógico que un médico, antes de proceder a una actuación quirúrgica, examine su propia capacidad para llevarla a cabo. La simple titulación no le da derecho a practicar intervenciones peligrosas para las que no está suficientemente capacitado o cuando posee conocimientos ya superados o no convenientemente actualizados.

2º) Las circunstancias de lugar y tiempo. Evidentemente no puede valorarse igual el ejercicio de la Medicina en el ámbito rural que en un buen hospital, aisladamente o en equipo, y tampoco puede valorarse del mismo modo una intervención peligrosa realizada por razones de urgencia o de carácter excepcional (catástrofes, etc.) que en circunstancias normales con el tiempo y los medios adecuados.

3º) La valoración de la actuación médica depende también de la fase en que se produzca. Los fallos en el diagnóstico o en el pronóstico no suelen ser por sí solos causas adecuadas para producir un resultado lesivo o letal. Mayor importancia tiene la aplicación de medidas terapéuticas en las que se puede llegar por imprudencia a la producción de resultados lesivos o letales, sobre todo cuando se trate de intervenciones quirúrgicas, en las que lo relevante no es sólo la operación como tal, sino también la fase anterior a la misma, así como el postoperatorio. También son importantes los actos concomitantes a la intervención quirúrgica propiamente dicha, como la anestesia, la transfusión sanguínea o la desinfección. La mayoría de los casos de imprudencia se dan en estas fases y los Tribunales suelen condenar cuando en ellas no se observan las precauciones mínimas que, de acuerdo con las circunstancias, exige la ciencia médica.

Mención especial merece la responsabilidad derivada del *trabajo en equipo*. En principio hay que decir que la responsabilidad penal es personal e intransferible, de tal modo que sólo se responde por la imprudencia que cada uno como miembro del equipo haya realizado. Sin embargo, a veces es inevitable delegar en otros la realización de parte de una de las actividades y confiar en la corrección de las actuaciones realizadas por otras personas. Así, por ej., el cirujano confía en la corrección de la anestesia o de la transfusión sanguínea, o de los análisis efectuados por otros, o en la desinfección del instrumental. Pero esta confianza puede rayar en la imprudencia cuando el responsable o director del equipo conoce la escasa preparación del colaborador o los deficientes medios con que se realiza la anestesia y a pesar de todo realiza la intervención quirúrgica o delega funciones que no le corresponden en un estudiante de Medicina o ATS. En estos casos, la responsabilidad del que realice mal la concreta actuación encomendada no excluye que se pueda exigir también responsabilidad al director del equipo por la

imprudencia que supone delegar en alguien que se sabe incompetente. Así, por ej., el que deja que un estudiante de Medicina realice una anestesia por raquis incorrectamente responde porque su actuación, aunque no realice la anestesia, constituye una infracción del deber que como director del equipo le incumbe de evitar que algo peligroso pueda ser ejecutado por un principiante, y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra también el que realice la acción incorrectamente (para más detalles cfr. los trabajos de ROMEO CASABONA y MARTÍNEZ PEREDA; véase también JORGE BARREIRO, 1990, y GÓMEZ RIVERO).

Naturalmente, el resultado lesivo debe ser imputable objetivamente a la actividad médica imprudente, no bastando, por tanto, una simple conexión causal (véase *supra* capítulo I: homicidio por imprudencia).

Presupuesto general de la licitud del tratamiento es el *consentimiento del paciente*. Parece obvio que esto sea así, pues, salvo casos excepcionales de tratamiento obligatorio o de estado de necesidad en situaciones de urgencia, incapacidad, etc., es el propio paciente quien debe decidir libremente sobre las medidas que deben utilizarse para preservar su salud. Una obligación de tratamiento convertiría al paciente en simple objeto o lo degradaría a la condición de «conejillo de Indias». Pero tampoco se puede admitir que el consentimiento legitime en todo caso el tratamiento médico. Ello podría dar lugar a prácticas inmorales y atentatorias a la dignidad humana como el «cobayismo» (experimentación con seres humanos), venta de partes del cuerpo, etc. Para evitar esta indeseable consecuencia es necesario denegar, no sólo en los casos citados anteriormente, sino en todos, eficacia al consentimiento prestado viciadamente, o mediante precio o recompensa, o que sea contrario a la propia dignidad del que consiente, o por menor o incapaz, aunque en caso de esterilización de éste habrá que estar a lo que dispone el pfo. 2 del art. 156. Este requisito se convierte en el requisito fundamental de la eficacia excluyente de responsabilidad del consentimiento del paciente en el tratamiento médico. Lo importante es, pues, que el paciente consienta *válidamente*; el tipo de intervención o tratamiento es, en principio, indiferente.

El correlativo del consentimiento del paciente es, por parte del médico, el *deber de informarle* sobre las consecuencias y riesgos del tratamiento. Esta información debe referirse también a los medios y forma de tratamiento y a sus posibles alternativas. Lógicamente la información ha de ser tanto más precisa, cuanto mayor sea el riesgo de la intervención o del tratamiento. También deben tenerse en cuenta las condiciones subjetivas del paciente, su nivel cultural, edad, situación familiar, etc. El *consentimiento informado* se convierte así en el

presupuesto de la intervención médica, siempre que la misma se realice dentro de los límites que el consentimiento señaló *y* conforme a la *lex artis*, es decir, con la diligencia debida y actuando conforme a los conocimientos y reglas de la experiencia generalmente admitidas (para más detalles, cfr. JORGE BARREIRO, 1990 y 1996; BLANCO CORDERO, pp. 575 ss.; GÓMEZ RIVERO; SSTS 31 octubre 1981, 31 mayo 1982 y comentarios de BARREDA GARCÍA).

Otros problemas que surgen en relación con el tratamiento, como ataques a la libertad del paciente o a su intimidad, deben ser estudiados en relación con los delitos que pueden constituir estos ataques (cfr. *infra*: coacciones y descubrimiento y revelación de secretos).

CAPÍTULO V

Lesiones al feto. Delitos relativos a la manipulación genética

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BARBERO SANTOS, *Fecundación asistida e ingeniería genética. Consideraciones jurídico-penales*, en Barbero Santos (edit.), Ingeniería genética y reproducción asistida, Madrid 1989; CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, Barcelona 1955; el mismo, *En torno a la inseminación artificial en el campo penal*, ADP 1961; CUERDA RIEZU, *Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas*, ADP 1988; el mismo, *Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho penal*, ADP 1988; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El legado genético y el principio de culpabilidad*, en El Derecho ante el Proyecto genoma humano, Bilbao 1994; ESER, *Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán*, trad. de Romeo Casabona, ADP 1985; el mismo, *¿Genética, «Gen-ética», Derecho genético? Reflexiones político-jurídicas sobre la actuación en la herencia humana*, trad. de Romeo Casabona, La Ley 1986; GONZÁLEZ CUSSAC, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, RDGH 1995; el mismo, *Reproducción asistida y manipulación genética en el Derecho penal español*, en Mujer y Derecho penal, Valencia 1995; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Las lesiones fetales*, CJ 1993; HERRERO DEL COLLADO, *La inseminación artificial humana ante el Derecho penal*, Granada 1969; HIGUERA GUIMERÁ, *Los problemas jurídico-penales de la terapia génica en la vía somática y en la vía germinal*, RDPC 1993; el mismo, *La culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano*, AP 1994; el mismo, *El Derecho penal y la genética*, Madrid 1995; el mismo, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano: el encuentro internacional de Bilbao de 1993*, AP 1995; LATORRE LATORRE, *Lesiones al feto*, en Mujer y Derecho penal, Valencia 1995; LÜTTGER, *Medicina y Derecho penal*, Madrid 1984; MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*, RDGH 1994; MARÍN GÁMEZ, *Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida*, PJ 1993; MARTÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, Barcelona 1987; MARTÍNEZ VAL, *La libertad de investigación en genética humana y sus límites*, RGD 1988; PERIS RIERA, *Identificación personal: avances genéticos e interrogantes jurídicas*, RGD 1991; el mismo, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Madrid 1995; ROMEO CASABONA, *Aspectos jurídicos de la experimentación humana*, RFDUC monográfico 11, 1986; el mismo, *La protección jurídica del concebido. El feto como paciente*, RJCat. 1989; el mismo, *Las respuestas del Derecho español ante los descubrimientos sobre genética y su aplicación al ser humano*, Eguzkilore núm. extraordinario 5, 1992; el mismo, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994; RUIZ VADILLO, *La investigación científica y el Derecho. Especial consideración de la ingeniería genética*, RGD 1986; el mismo, *Investigación genética y Derecho*

penal, RGD 1988; SÁNCHEZ MORALES, *El Derecho y las concepciones de la nueva genética*, CPC 1995; VALLE MUÑIZ/ GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal*, PJ 1992; VARIOS, *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Barbero Santos (edit.), Madrid 1989; VARIOS, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, dos vols., Bilbao 1994; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid 1988.

Sobre el Código penal de 1995: AGUIRRE DE LA HOZ, *Individualidad e intimidad; La problemática jurídico-penal ante los últimos avances científicos en genética humana*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; ARROYO URIETA/ CORTÉS CASTÁN/ DÍAZ GONZÁLEZ, *Instrumentación genética y manipulación de embriones. Situación jurídica y aspectos bioéticos*, La Ley 1996; BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, Madrid 1997; el mismo, *Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida en el Código penal español*, CPC 1998; el mismo, *El ordenamiento jurídico ante la clonación de células humanas*, CPC 2003; CASADO, *El conflicto de bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de salud pública y salvaguarda de la dignidad humana*, RDGH 1996; CORCOY BIDASOLO, *Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*, Valencia 1999; el mismo, *Clonación por transferencia nuclear celular en el art. 161 del Código Penal*, La Ley 2001; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código penal español de 1995*, RDGH 1996; el mismo, *Protección del medio ambiente y manipulación de microorganismos*, en Biotecnología y Derecho, Perspectivas en Derecho comparado, Bilbao-Granada 1998; DÍAZ GONZÁLEZ, *Instrumentación genética y manipulación de embriones. Situación jurídica y aspectos bioéticos*, La Ley 1996; EMALDI-CIRION, *Responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético*, RDPC 2003; FLORES MENDOZA, *El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995*, RDGH 1996 (también en AP 1996); GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995*, CJ 1996; GARCÍA GONZÁLEZ, *Regulación penal de las geneotecnologías*, RDGH 1996; el mismo, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Madrid 2001; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia 2003; HIGUERA GUIMERÁ, *Los delitos de lesiones al feto*, AP 2000; el mismo, *Los delitos relativos a la manipulación genética*, AP 2001; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lesiones al feto y manipulación genética*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; HUERTA TOCILDO, *De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; JUDEL PRIETO/ RUIZ ALARCÓN, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en CGPJ-Manuales de Formación Continuada 1999; LAURENZO COPELLO, *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas del ordenamiento punitivo*, RP 2004; LÓPEZ PEREGRÍN, *Ingeniería genética, reproducción asistida y derecho a la salud*, en Martos Núñez (dir.), Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente, Sevilla 1997; LUZÓN PEÑA, *Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética*, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2001; PEÑARANDA RAMOS, *La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal del desarrollo*, RDPC 2003; PÉREZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de lesiones al feto y manipulación genética*, RMF 1997; RAMÓN LACADENA, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: un comentario genético*, RDGH 1996; RAMÓN RIBAS, *El delito de lesiones al feto*, Granada 2002; RODRÍGUEZ MESA, *Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto*, RDPC 1996; ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, Derecho y Salud 1996; el mismo, *¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación*, RDGH 1997; el mismo, *Los delitos contra la integridad corporal y la salud*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; el mismo, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada 2004; SÁNCHEZ MELERO/ SOLER MATUTES, *Consideraciones sobre el delito de manipulación genética (I, II y III)*, La Ley 1997; SUÁREZ GONZÁLEZ, *La función del Derecho penal y sus consecuencias para el genoma humano*, en Zúñiga/ Méndez/ Diego (coord.), Derecho penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, Madrid 2001; VARIOS, *Las células embrionarias y la clonación no reproductiva: un enfoque multidisciplinar*, La Laguna-Tenerife 2003.

Quizás una de las novedades más importantes en el Libro II del Código penal de 1995 sean los delitos tipificados en los Títulos IV («De las lesiones al feto») y V («Delitos relativos a la manipulación genética»). En ellos se refleja la preocupación existente por estas materias en la sociedad actual y las tendencias del «moderno» Derecho penal a ampliar su campo de intervención a formas de conductas tradicionalmente alejadas de su ámbito y que, sin embargo, hoy se consideran como una verdadera amenaza para bienes jurídicos fundamentales de los que depende, incluso, el futuro de la Humanidad. Esto se nota especialmente en los delitos tipificados en el Título V, relativos a la manipulación genética, en los que realmente todavía se está caminando en los límites entre la especulación científica y la ciencia-ficción; pero no tanto en los delitos de lesiones al feto, que vienen a colmar una laguna del Derecho penal hace ya mucho tiempo denunciada. Aunque entre ambos grupos de delitos puedan darse concomitancias y superposiciones, seguidamente se exponen por separado, siguiendo el orden del Código.

LESIONES AL FETO

Los peligros a que está expuesto el «nasciturus» durante el embarazo, y no ya sólo en caso de conflicto con los derechos de la madre, sino por la propia fisiopatología de la reproducción y la intervención de terceros en ese proceso, pueden repercutir no sólo produciendo su muerte en el seno materno o su salida prematura al exterior en condiciones de no viabilidad (aborto), sino provocando alteraciones en su conformación que repercutan negativamente, una vez nacido, en su salud y en su integridad física. A pesar de la importancia de la protección del feto en estas circunstancias, existía una laguna legal en nuestro Derecho penal, no colmada en ninguna de las reformas del anterior Código penal habidas en los últimos años, que obligaba a dejar impunes las lesiones, o incluso la muerte del ya nacido, a consecuencia de maniobras, generalmente imprudentes, del médico durante el parto (cesáreas, prolongación excesiva con sus secuelas de cefalopatías por asfixia, etc.), o de actos médicos, generalmente imprudentes también, realizados durante el embarazo (exposición radiológica del feto, efectos secundarios de medicamentos prescritos a la gestante, etc.).

Sobre esta situación véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 25. Las SSTS de 5 de abril y 4 de mayo de 1995 y de 22 de enero de 1999 pretendieron salvar esta laguna considerando que las lesiones al feto podían incluirse dentro del delito de lesiones, lo que equivale a decir que el aborto puede incluirse dentro del homicidio, analogía obviamente contraria al principio de legalidad. Correctamente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de mayo de 2002 aprecia el delito de lesiones al feto por imprudencia del art. 158, corrigiendo la sentencia del Juez de lo Penal nº 1 de Sevilla de 30 de octubre de 2001, que había aplicado la calificación de lesiones por imprudencia del art. 152 a un caso de graves lesiones producidas por anoxia cerebral en el aún no nacido como consecuencia de una deficiente asistencia médica en el momento del parto. El hecho había ocurrido antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995 (véanse GARCÍA ÁLVAREZ; RAMÓN RIBAS, pp. 50 ss.; ROMEO CASABONA, 2004, pp. 253 ss.).

La regulación que ofrece el Título IV sólo en parte colma estas lagunas, pues sólo eleva a la categoría de delito las lesiones al feto, pero no el hecho de que éste pueda morir, una vez nacido, a consecuencia de esas lesiones; en este caso, el tipo aplicable sólo puede ser también el del delito de lesiones al feto, quedando la muerte sin valorar, ya que no puede castigarse por aborto, pues la muerte se produce cuando el ser ha nacido ya en condiciones de viabilidad, pero tampoco por homicidio, al haberse producido las lesiones cuando la

vida aún no se había independizado. De todas formas, el que se pueda castigar por lesiones al feto cubre suficientemente la punibilidad de la acción, sin perjuicio de las responsabilidades de otra índole (principalmente civil) en que se haya podido incurrir (sobre otros casos de incongruencia y sus posibles soluciones, HUERTA TOCILDO, pp. 1439 ss.; y RAMÓN RIBAS, p. 379, quien admite también la calificación de homicidio).

Los arts. 157 y 158 tipifican las modalidades dolosa e imprudente de comisión de este delito:

> Dice el art. 157: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años».
>
> Por su parte, el art. 158 castiga la comisión imprudente con el siguiente texto: «El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.
> Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.
> La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

El *bien jurídico protegido* común a ambos preceptos es la salud y la integridad física del feto, debiéndose entender por tal el óvulo fecundado ya anidado en el útero materno y el ser que a partir de ese momento se genere durante todas las fases del embarazo hasta el momento mismo de su expulsión o extracción del seno materno tras el nacimiento (en este sentido también GARCÍA ÁLVAREZ; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO, Comentarios, p. 757; SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 449). Cualquier tipo de intervención de carácter delictivo que se realice después del *nacimiento* debe ser incluida en el Título I como homicidio, o en el Título III como lesiones del ya nacido. Cualquier tipo de maniobra que se realice antes de la *anidación* deberá reconducirse todo lo más al Título V como delito de manipulación genética (cfr. *infra* y art. 160,2).

Este entendimiento del término «feto» no choca con la *solución del plazo* adoptada en relación con el aborto, es decir, con la despenalización de la

interrupción voluntaria del embarazo en los tres primeros meses del embarazo (cfr. *supra* capítulo III), pues mientras que en el aborto se trata de la libertad que tiene la mujer para interrumpir su embarazo en los tres primeros meses sin alegación de causa alguna, en el delito de lesiones al feto se trata de proteger su integridad en cuanto tal también a partir del momento de la anidación y en la medida en que la embarazada quiere continuar con el embarazo. Algunos autores, como ROMEO CASABONA (1994, pp. 403 ss.) y GRACIA MARTÍN (en Comentarios I, p. 620), consideran incluso que deben también calificarse como lesiones al feto las lesiones producidas en el preembrión o embrión preimplantatorio, pero con ello se confunde el delito de lesiones al feto con el de manipulación genética, que incluso tiene mayor pena. Cualquier tipo de maniobra que se realice antes de la *anidación* deberá reconducirse por tanto al Título V como delito de manipulación genética.

La *relación con el aborto* es de especialidad, por cuanto en el tipo subjetivo de la forma de comisión dolosa las lesiones al feto deben realizarse sin ánimo de provocarle la muerte; si la intención fuera ésta, pero a pesar de todo el embarazo continúa y sólo se producen lesiones en el feto, el hecho será punible como tentativa de aborto, salvo que resulte mayor pena de las lesiones al feto. Si las lesiones al feto son producidas por imprudencia, pero provocan la muerte del feto, será aplicable la modalidad de aborto imprudente prevista en el art. 146.

El *tipo objetivo*, también común a la modalidad dolosa e imprudente, acoge cualquier forma de producción de una lesión al feto, tanto como consecuencia de una actividad médica o quirúrgica realizada durante el embarazo o en el momento del parto que incida directamente sobre el feto, como de intervención indirecta a través del cuerpo de la madre, por acto médico, malos tratos, golpes, etc., que a su vez pueden ser constitutivos de otros delitos de lesiones a la mujer. Es igualmente indiferente el medio elegido para ello, aunque en algún caso puede darse también un delito contra la salud pública por utilización de un fármaco deteriorado, alterado en su composición o en vía experimental (cfr. arts. 361 y 362).

El resultado debe ser la causación en el feto de una lesión o enfermedad «que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica», en definitiva, un atentado al bien jurídico protegido que, igual que en el delito de lesiones del ya nacido, viene constituido por la salud, física o psíquica, y la integridad física (cfr. *supra* capítulo IV).

Entre la acción y el resultado debe mediar una *relación de causalidad* no siempre fácil de probar y que, por eso mismo, constituirá uno de los problemas más arduos de resolver en procesos por estos delitos. En

primer lugar, porque la constatación de las lesiones queda diferida a un momento posterior al del nacimiento e incluso, en casos de retrasos mentales u otro tipo de defectos psíquicos, a momentos muy posteriores a cuando se produjo la acción. En segundo lugar, porque a pesar de los avances de la genética y del diagnóstico prenatal aún se desconocen las causas de muchas malformaciones y de enfermedades y taras con los que pueden nacer los seres humanos; identificar el agente causal de las mismas y atribuirlas probadamente a un determinado comportamiento, doloso o imprudente, es una tarea difícil, por no decir, en algunos casos, imposible. Como ocurrió en otros casos similares («caso contergan», en Alemania, donde a principios de los años sesenta nacieron muchos seres humanos con deformidades y taras, debidas al parecer a que las madres habían ingerido durante los primeros meses de embarazo dicho producto que se prescribía como tranquilizante; o en España, el «caso de la colza», en el que se produjeron muerte y enfermedades de centenares de personas que habían ingerido dicho producto destinado fraudulentamente al consumo humano, véase STS 23 abril 1992 e *infra* capítulo XXVII), es probable que en muchos supuestos de este tipo haya que absolver al que realizó determinadas acciones de las que no pueda probarse que son la causa de las lesiones producidas (*in dubio pro reo*).

Muchas de estas dificultades probatorias se acrecientan también porque en el *tipo subjetivo* la forma de más frecuente comisión es la imprudente, es decir, la prevista en el art. 158, de cuya punibilidad se excluye expresamente a la embarazada, aunque en este terreno la propia forma de vida de la embarazada y su falta de cuidado en seguir las indicaciones y consejos médicos durante el embarazo (no fumar, no practicar deportes violentos, no tomar alcohol o determinados medicamentos o drogas, etc.) pueden provocar también algún tipo de lesión al feto, cuando no el aborto. El deber de cuidado, cuya infracción puede dar lugar al delito previsto en el art. 158, es, pues, normalmente un deber de cuidado referido al ejercicio de profesiones relacionadas con la fisiopatología de la reproducción humana o con actividades médicas (prescripción de medicamentos, exploración radiológica, etc.) que se produzcan en esa fase, aunque también pueden incluirse otras actividades, como malos tratos, abandono del cuidado de la mujer en casos de personas obligadas a prestarlo, etc. La pluralidad de factores que pueden provocar una lesión fetal, unos atribuibles a actos humanos, generalmente imprudentes, y otros a las propias Leyes de la naturaleza, obliga a delimitar con ayuda de las reglas generales de la

causalidad y de la *imputación objetiva* ya conocidas (cfr. *supra* capítulo I) la acción que pueda tener relevancia típica. En la forma de comisión dolosa, que puede darse como consecuencia de actividades experimentales o también, aunque más raramente, con finalidad genocida o cualquier otra perversa de producción de seres deformes, la relación causal sería más fácil de demostrar, a partir de la prueba de la finalidad del autor de la acción, siendo posible también en estos casos apreciar *tentativa*, si las lesiones al feto no llegan a producirse.

Especial importancia tienen en esta materia las técnicas de terapia fetal o de diagnóstico antenatal (por ej., amniocentesis para detectar enfermedades congénitas), que, en principio, en la medida en que se realicen con fines diagnósticos o terapéuticos y tras comprobar cuidadosamente los presupuestos que aconsejan la intervención, están admitidas, siempre que, como advierte el art. 12,2 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se lleven a cabo para favorecer el desarrollo y el bienestar del nasciturus (para más detalles, ROMEO CASABONA, 1994, pp. 373 ss.). Pero dichas técnicas deben realizarse con consentimiento de la embarazada, cuyos derechos, igual que en los casos en los que se permite el aborto, son prioritarios a los del feto. El error en la aplicación de una de estas técnicas en un caso en el que esté aconsejada debe tratarse como error de tipo conforme al apartado 1 del art. 14, dando lugar a la aplicación del art. 158, siempre que se dé el tipo objetivo correspondiente, es decir, la causación de lesión al feto.

> Las dificultades inherentes a este tipo de intervenciones y las dudas existentes respecto a los casos en los que están indicadas, hacen aconsejable la elaboración de unas listas de enfermedades genéticas o hereditarias que puedan ser detectadas por el diagnóstico antenatal, como recomienda la Disposición Final Primera, letra d, de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y la redacción de un procedimiento o protocolo por un comité de expertos, cuyo cumplimiento despejaría, en principio, las dudas sobre la licitud de una intervención en el feto (en este sentido ROMEO CASABONA, 1994, p. 377; GÓMEZ RIVERO).

DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

El Título V está dedicado a estos delitos que se denominan en la rúbrica como «Delitos relativos a la manipulación genética», aunque alguno de los tipos delictivos concretos nada tenga que ver con ella (de «desorientación sistemática del legislador» habla ROMEO CASABONA, 2004, p. 271). En general, se agrupan aquí actividades relacionadas no sólo con la genética, sino también con las técnicas de reproducción asistida (art. 161,1) y con la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras del género humano (art. 160,1), que nada tienen que ver entre sí, aunque su tipificación penal sea producto de la misma preocupación por los peligros inherentes al empleo de nuevas técnicas de fecundación y de manipulación de genes humanos para la propia dignidad y el futuro del ser humano. Pero, desde el primer momento, hay que poner de relieve que no se prohíben las técnicas ni la experimentación científica en este terreno, sino sólo aquéllas que pueden afectar a bienes jurídicos protegidos de gran importancia para la Humanidad. El empleo de una misma técnica puede, por tanto, ser delictivo o no, según se lleve a cabo con finalidad genocida o para la selección de la raza, o con finalidad terapéutica de enfermedades hereditarias. Igualmente la reproducción asistida que se castiga en el art. 161,1 es la que se practica sin consentimiento de la mujer, no la que se realiza con su consentimiento para acabar con su esterilidad o favorecer el embarazo.

> Estos delitos se diferencian de las lesiones al feto en la medida en que generalmente se producen antes de la fecundación o en la propia fecundación, pero pueden coincidir cuando la alteración genética se lleve a cabo en el feto mismo. En este último caso cabe apreciar un concurso de delitos, en la medida en que los bienes jurídicos en ellos protegidos son diferentes. Algo similar ocurre en la relación entre los delitos relativos a la manipulación genética y el delito de aborto; por lo general no van a darse conjuntamente sus supuestos de hecho, ya que normalmente aún no hay vida humana dependiente cuando se realiza una manipulación genética, pero en el caso en que ésta se realice sobre el feto podrá darse el concurso entre el delito de manipulación genética y el aborto imprudente.

De la propia pluralidad de intereses afectados se deriva la dificultad de encontrar un *bien jurídico protegido* común a todas las modalidades delictivas recogidas en este Título. Desde luego, y en la medida en que la manipulación genética sin finalidad terapéutica pueda afectar en el futuro a la vida y a la salud de las personas, éstas serían el bien jurídico protegido en el caso concreto en que se produzca esa manipulación. Pero generalmente las técnicas de manipulación genética se llevan a cabo en un estadio aún alejado del nacimiento de la vida humana, por lo que habrá que buscar en el genotipo, como lo llama el art. 159, o más concretamente en la parte del mismo que se transmite hereditariamente, el bien jurídico directamente protegido, por lo menos en las conductas de alteración del genotipo que tipifica el art.

159, de ahí que pueda hablarse incluso de un bien jurídico colectivo: el patrimonio genético hereditario (cfr. ROMEO CASABONA, 2004, p. 277). Pero a partir de ahí, hay que buscar otros bienes jurídicos que sirvan de base a las conductas tipificadas en otros artículos, como por ejemplo en el art. 160,3 el derecho a la individualidad o a la identidad genética o a no ser producto de un patrón genético artificial, y en el art. 160,1 el propio género humano capaz de ser deteriorado o exterminado por armas producidas por ingeniería genética. En el delito previsto en el art. 161,1, en cambio, el bien jurídico es claramente el derecho de la mujer a no ser fecundada en contra de su voluntad, lo que lo aproxima más a un delito contra la libertad que a un delito de manipulación genética, con el que, en realidad, nada tiene que ver. Pero, en todo caso, en lo que hay que insistir es en que no se trata de criminalizar las técnicas genéticas o la reproducción asistida, en sí mismas tan loables como cualquier otra técnica o ciencia que busque el bienestar y el desarrollo del ser humano y sea producto del derecho fundamental a la creación científica reconocido en el art. 20,1,b de la Constitución, sino su uso con finalidades no amparadas jurídicamente e incompatibles con la salvaguarda de la dignidad y otros derechos fundamentales del ser humano reconocidos en la Constitución. En esta materia, como en tantas otras, el Derecho penal tiene, sin embargo, un carácter meramente subsidiario, no sólo porque únicamente castiga las conductas más graves, sino porque en la configuración de los supuestos de hecho de sus normas depende de una legislación específica reguladora de estas actividades, que en España recoge concretamente la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA), y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos (LDUEF). Estas leyes, a las que haremos referencia en el momento oportuno, constituyen, pues, el marco de juricidad dentro del cual se pueden realizar lícitamente las prácticas aquí aludidas.

Seguidamente, analizaremos los distintos tipos delictivos recogidos en este Título V siguiendo el orden en el que aparecen tipificados.

A) ALTERACIÓN DEL GENOTIPO

El art. 159,1 castiga con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años a «los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo». El apartado 2 castiga con pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años si la alteración del genotipo fuese realizada «por imprudencia grave».

La manipulación del genotipo o patrimonio genético es una de las posibilidades con las que cuenta la moderna ingeniería genética para diagnosticar y evitar enfermedades que hoy en día no son curables de otro modo (hemofilia) o que pueden serlo en el futuro gracias a este tipo de manipulación (cáncer, posiblemente el SIDA), por lo que no sólo es lícita, sino perfectamente recomendable como uno de los grandes avances científicos de la Humanidad. Pero algunas de estas manipulaciones suponen la alteración del genotipo o patrimonio genético del ser humano, con lo que se plantean dudas sobre su admisibilidad y licitud. El art. 159 sólo castiga las que se realicen «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves», es decir, sin finalidad terapéutica; pero inmediatamente surge la duda de lo que hay que entender por terapéutico en esta materia. ¿Es la eugenesia, es decir, la obtención de una raza más fuerte y resistente a las enfermedades, o la eliminación de un material genético patológico, una terapia? La respuesta, en principio afirmativa, debe matizarse, en el sentido de que toda alteración del genotipo comporta efectos no sólo en el ser cuyo genotipo se altere, sino en todos los que de él procedan y, con ellos, en la Humanidad en su conjunto; la admisibilidad de este tipo de técnicas debe ser, por tanto, reducida a aquéllas que tengan una clara y evidente finalidad terapéutica en relación con una determinada enfermedad, cuya única forma de evitación sea precisamente la alteración del genotipo. Sin ninguna excepción se prohíbe también en la LTRA la *recombinación de genes*, como mezclar genes de distintos donantes para inseminar a una mujer o utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una fecundación *in vitro*. En la medida en que estas manipulaciones producen una alteración de la identidad del genotipo, modificando parcialmente la información hereditaria, deben entenderse incluidas en el art. 159, pues no hay ninguna razón terapéutica que las justifique.

La tipicidad penal de la alteración del genotipo depende, pues, de si con ella se pretende un fin terapéutico o no; pero este *elemento subjetivo* debe ser conectado con el estado científico de la cuestión en el mundo de la genética y con la regulación de estas técnicas en la legislación especial existente al efecto. No debe olvidarse que las personas que pueden llevar a cabo este tipo de técnicas son sujetos que

conocen muy bien las posibilidades terapéuticas de las mismas y las recomendaciones de los expertos y las normas jurídicas que las regulan, por lo que no cabe hablar de error respecto a la indicación misma, que, en todo caso, todo lo más daría lugar a un error vencible de prohibición (art. 14,3 Cp), que no excluiría la tipicidad de una alteración del genotipo no justificada terapéuticamente. Otra cosa es que después la técnica terapéutica se utilice incorrectamente por imprudencia profesional, lo que daría lugar a la aplicación del apartado 2 del art. 159.

B) UTILIZACIÓN DE LA INGENIERIA GENÉTICA PARA PRODUCIR ARMAS BIOLÓGICAS

El art. 160,1 castiga con pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años «la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana».

Existe unanimidad entre los expertos en que la propia supervivencia de la especie humana depende de que no se utilice la ingeniería genética para crear armas biológicas, produciendo microorganismos modificados genéticamente gravemente perjudiciales para la vida humana. Este hecho puede ir acompañado de un delito de genocidio (art. 607), o contra el medio ambiente (arts. 325 y ss.), aunque el tipo se agota en la creación de las armas mismas con conciencia de su potencialidad exterminadora, sin requerir ningún elemento objetivo o subjetivo adicional (cfr. también la regulación administrativa, recogida básicamente en la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el Régimen Jurídico de la Utilización Confinada, Liberación Voluntaria y Comercialización de Organismos Modificados Genéticamente).

C) FECUNDACIÓN CON FINES DISTINTOS A LA PROCREACIÓN

El art. 160,2 castiga con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años a «quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana». Una vez más en esta materia, la finalidad determina la tipicidad del comportamiento, pues, en principio, la fecundación de óvulos por cualquiera de los procedimientos

científicos ya conocidos y acreditados universalmente a partir del nacimiento en 1978 en Inglaterra de una niña fecundada *in vitro* con transferencia de embriones, es un hecho perfectamente lícito y regulado en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988. Existen varios procedimientos para ello (desde la fecundación *in vitro* hasta la transferencia intratubárica o peritoneal, pasando por la inseminación intraperitoneal directa) sin que ninguno plantee ningún problema especial, salvo los que se deriven de la indicación médica en sí misma. Es el procedimiento más habitual para dar solución al problema de la *esterilidad*, por lo que ya de por sí entraría en el derecho a la salud constitucionalmente reconocido (cfr. art. 43,1 CE; en este sentido Cuerda Riezu, 1988, p. 420). Sólo si la técnica fuera empleada incorrectamente podría dar lugar a un delito de lesiones al feto o a la mujer, o a un aborto por imprudencia.

Por supuesto que es irrelevante que la fecundación sea *homóloga* (fecundación con espermatozoides del marido de la mujer) o *heteróloga* (la mujer es fecundada con espermatozoides de un donante que no es su marido), o que el óvulo fecundado provenga de la mujer a la que se le implanta o de otra (bien porque se trate de un supuesto de donación de óvulo, bien porque sea un supuesto de *gestación por sustitución o arrendamiento de útero*), por más que ello pueda plantear en algunos casos problemas de filiación que deben ser resueltos por la vía civil.

Lo que el art. 160,2 castiga, por tanto, es la fecundación de un óvulo humano para un fin distinto a la procreación humana, su predeterminación a finalidades ajenas a la reproducción humana. En general se puede decir que la combinación de óvulos y espermatozoides humanos y animales, en la medida en que científicamente sea posible y pueda dar lugar a algún tipo de vida, está prohibida; no, en cambio, el llamado *test del hámster* que se utiliza para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos y que el art. 14,2 LTRA permite hasta la fase de división en dos células del óvulo del hámster fecundado, momento en el que hay que interrumpir el test. También es frecuente que, para asegurar el embarazo, se fecunden varios óvulos de los que no todos van a ser implantados en el útero de la mujer, destruyéndose los demás; pero lo que el art. 160,2 prohíbe es que se pretenda crear un ser humano en el laboratorio, de ahí que incluso en los casos en que se permita la fecundación con fines diagnósticos, se prohíba continuar con el óvulo fecundado con vida más allá de los catorce días. No obstante, cada vez se admite con mayor frecuencia la

creación de embriones humanos sólo con fines terapéuticos: células madre, o su mantenimiento por tiempo indefinido para estos fines (véase ROMEO CASABONA, 2004, p. 211).

D) CREACIÓN DE SERES CLÓNICOS

El art. 160,3 castiga con la misma pena que en el apartado 2 «la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza». La «clonación» puede realizarse, por ejemplo, transfiriendo la información hereditaria completa de un sujeto, transplantando núcleos de células totipotentes en óvulos fecundados y a continuación desnucleados. Es evidente que con este procedimiento se pone en peligro la individualidad y la identidad del ser humano, pues con él se impone una identidad distinta a un óvulo ya fecundado que tenía originariamente sus propias características. Al mismo tiempo, se puede utilizar la clonación para fabricar a voluntad individuos idénticos con fines racistas o contrarios a la dignidad humana.

Parece evidente que técnicas de este tipo deben ser prohibidas no sólo en el ámbito administrativo, sino también penal, por lo menos en la medida en que se utilicen para fabricar seres humanos, no ya sólo por la lesión del derecho a la individualidad, identidad y a la propia autenticidad del ser humano, sino por el riesgo que todo ello representa para la propia Humanidad. Sin embargo, el art. 8 de la LDUEF autoriza «la fabricación, por clonación molecular o de genes, de sustancias o productos de uso sanitario o clínico», es decir, con fines distintos a los de la creación de un ser humano.

La utilización de técnicas genéticas para la selección de la raza a la que se refiere el inciso segundo del art. 160,3 es siempre punible. Fuera del ámbito de prohibición penal queda, sin embargo, la *selección del sexo*, aunque dicha técnica sólo debería admitirse contando con la voluntad de los progenitores, pudiendo constituir de lo contrario un delito del art. 161,1. La LDUEF la considera una infracción administrativa, salvo que tenga finalidad terapéutica (para evitar la transmisión de algunas enfermedades que se transmiten vinculadas al sexo femenino). En todo caso, la selección de sexo no implica alteración del genotipo, por lo que no es subsumible en el art. 159. Cuando la manipulación tenga por objeto la selección de la raza puede venir también en consideración un delito de genocidio (art. 607,1,4º).

E) REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

El art. 161,1 castiga con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años a «quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento».

Como ya antes se ha dicho, la reproducción asistida es un método perfectamente lícito entre otras cosas como una parte del derecho a la salud, en la medida en que la esterilidad puede considerarse como una enfermedad. Sin embargo, dicha técnica sólo puede llevarse a cabo con consentimiento de la mujer receptora de espermatozoides o de óvulos fecundados, sean propios o de una tercera donante. Cuando no sea así, se comete un grave atentado a la libertad de la mujer que no es suficientemente castigado si sólo se mira desde este punto de vista, para lo que ya sería suficiente con el delito de coacciones o amenazas. No cabe duda de que un embarazo no deseado, mucho más cuando es producto de una conducta como ésta, puede afectar también a la salud física y psíquica de la mujer, aparte de a su propia dignidad y a su derecho a no ser considerada como mero receptáculo reproductor de la especie humana. Pero tampoco parece suficiente o adecuado considerar este hecho como un delito de lesiones. En realidad, su tipificación expresa era necesaria, aunque la ubicación del art. 161 entre los delitos «relativos a la manipulación genética» sea incorrecta. Tampoco es exactamente un delito contra la libertad sexual, al faltar aquí el acceso carnal; pero desde luego tiene más parentesco con este tipo de delitos. De todos modos, el art. 161 viene a cubrir una laguna de punibilidad muchas veces denunciada, porque no sólo engloba casos que pueden ser ya punibles como coacciones o amenazas, sino aquellos en los que se utiliza el engaño viciando el consentimiento de la mujer (por ej., haciéndole ver que los espermatozoides con que se la fecunda son de su marido, siendo en realidad de otro, o de un hombre de raza diferente). Aunque la redacción del art. 161,1 no se refiera expresamente a la reproducción asistida en mujeres menores de edad o con algún defecto psíquico que vicie su consentimiento, no creo que su consentimiento pueda ser suplido por el de sus padres o tutores, ya que difícilmente se puede argumentar aquí que un embarazo provocado de esta manera redunde en beneficio de la mujer deficiente, razón, en cambio, fundamental para autorizar su esterilización (cfr. art. 156, párrafo segundo, y *supra* capítulo IV), por lo que habrá que deducir

que la reproducción asistida en una menor o deficiente psíquica es siempre sin su consentimiento, en la medida en que no puede consentir válidamente a estos efectos.

Aunque no se recoja expresamente entre los supuestos de indicación del aborto, bien por su analogía con el aborto por indicación ética, bien porque se considere que existe una indicación terapéutica, bien por la vía del estado de necesidad como causa de justificación genérica, creo que el aborto en estos casos, con consentimiento de la mujer que haya quedado embarazada a consecuencia de una de estas prácticas realizadas en contra de su voluntad, es perfectamente lícito.

La *perseguibilidad* de este delito viene condicionada en el apartado 2 del art. 161 a la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal, posibilidad ésta que puede ser utilizada como un argumento más a favor de que en el apartado 1 se incluye la reproducción asistida de menores de edad y deficientes psíquicas.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido en el art. 162 la posibilidad de imponer, en los delitos contemplados en este Título, alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 del Código penal cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

CAPÍTULO VI

Coacciones. Amenazas. Detenciones ilegales y secuestros

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ASÚA BATARRITA/ DE LA MATA BARRANCO, *El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado*, La Ley 1990; BAJO FERNÁNDEZ, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, ADP 1979; el mismo, *El delito de amenazas*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; el mismo, *El delito de coacciones*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; BENEYTEZ MERINO, *Libertad protegida. Introducción al estudio de los delitos contra la libertad y seguridad de las personas*, Madrid 1994; CUELLO CALÓN, *Sobre el delito de chantaje*, ADP 1952; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El derecho de huelga y el delito de coacciones*, PJ 1989; DÍAZ PALOS, *Amenazas*, NEJ II, 1950; el mismo, *Coacciones*, NEJ IV, 1952; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El chantaje*, Barcelona 1995; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Sobre el delito de coacciones*, EPC 1981/1982; GONZÁLEZ DE MURILLO, *El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)*, CPC 1994; HIGUERA GUIMERÁ, *El delito de coacciones*, Barcelona 1978; el mismo, *El bien jurídico protegido en el delito de coacciones*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; LARRAURI PIJOÁN, *Libertad y amenazas*, Barcelona 1987; el mismo, *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de amenazas*, CPC 1987; LORENZO SALGADO, *El delito de amenazas: consideraciones sobre el bien jurídico protegido*, EPC 1987/1988 (también en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989); el mismo, *Alcance y características del «mal» en los arts. 493 y 494 del Código Penal*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada 1988; MIR PUIG, *El delito de coacciones en el Código penal español*, ADP 1977; MIRA BENAVENT, *El concepto de violencia en el delito de coacciones*, CPC 1984; POLAINO NAVARRETE, *Amenaza, coacción y vejación leve*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; RODRÍGUEZ DEVESA, *Chantaje*, NEJ IV, 1954; el mismo, *Extorsión*, NEJ X, 1958; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, Barcelona 1981; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El injusto en las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)*, CPC 1991; TORÍO LÓPEZ, *La estructura típica del delito de coacciones*, ADP 1977.

Sobre el Código penal de 1995: BARQUÍN SANZ, *Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad en su persecución*, en Homenaje a Portero, Granada 2001; CARRETERO SÁNCHEZ, *El delito de amenazas*, La Ley 1996;

CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones en el Código penal de 1995*, Valencia 1999; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *A propósito de las amenazas en el nuevo Código penal*, AP 1996; el mismo, *El delito de amenazas*, en Delitos contra la libertad y seguridad, CDJ 1996; el mismo, *El delito de amenazas. (En el nuevo Código penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y modalidades*, Valencia 1997; DELGADO LÓPEZ, *El delito de coacciones (las reformas del Código de 1995)*, en Delitos contra la libertad y seguridad, CDJ 1996; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El «nuevo» delito de chantaje*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el código penal de 1995*, Valencia 1997.

Sobre detenciones ilegales, véase *infra*.

Bajo el nombre de «Delitos contra la libertad» se recogen en el Título VI del Libro II del Código penal una serie de tipos delictivos que directamente afectan a la libertad de la persona.

La libertad a que se refiere la rúbrica del Título VI es, como se deduce del contenido de los respectivos tipos delictivos que se tipifican en el mismo, la libertad de actuación en un sentido amplio, como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas. La libertad así entendida es un atributo de la voluntad, pero su existencia depende también de la propia convivencia y de una serie de condicionamientos que la misma impone a la actuación del ser humano. De ahí la relatividad del concepto de libertad. En realidad, la libertad que se protege en el Título VI es uno de los bienes jurídicos más relativos que existen. La organización social impone una serie de limitaciones al comportamiento humano que, al no poder ser determinadas de una vez para siempre, impiden una fijación absoluta de la esfera de libertad correspondiente a cada uno; por eso, al hablar de libertad hay que situarse en un contexto social y político determinado.

Desde tres puntos de vista puede estudiarse el fenómeno de la libertad: psicológico, políticosocial y jurídico.

Desde el punto de vista psicológico la libertad es un atributo de la voluntad que se desarrolla a dos niveles: la libertad en la formación del acto voluntario y la libertad en la manifestación del acto voluntario ya formado. Tanto uno como otro nivel pueden verse afectados por las conductas tipificadas en este Título, que actúan bien impidiendo la libre formación de la voluntad (coacciones, amenazas), bien despreciando la ya manifestada (detenciones).

Socialmente, la libertad ha de ponerse en relación con la propia naturaleza del actuar humano. De aquí surgen una serie de limitaciones que se derivan de la necesidad de la convivencia y que están representadas por la libertad de los demás. Esto lleva a que la libertad humana esté encauzada dentro de ciertos límites, cuya efectividad corresponde proteger al Derecho.

Dentro del Título VI la libertad es el *bien jurídico protegido* y, al mismo tiempo, el objeto inmediato de ataque, diferenciándose en esto de otros delitos que atacan también a la libertad, pero de un modo indirecto y como medio para conseguir otros fines, como el robo con intimidación y las agresiones sexuales, con los que constituye un delito complejo, en el que la autonomía del delito contra la libertad se pierde, quedando absorbida en el delito complejo.

Por otra parte, la libertad es también objeto inmediato de protección como bien jurídico de carácter político frente a la actividad estatal materializada en las actuaciones de un funcionario que en el ejercicio de su cargo puede conculcar esa libertad. Pero el Código contempla este delito en la Sección Primera del Capítulo V del Título XXI, en el art. 530. En este caso el Código protege no ya la libertad en abstracto, sino el ejercicio de determinados derechos derivados de las leyes que se refieren a la libertad. Pero, dado que el ataque proviene del representante del Estado mismo, del funcionario público en el ejercicio de su cargo, el legislador ha creado un delito distinto, con distinto bien jurídico, aunque estructuralmente coincida con alguno de los tipos de detenciones ilegales o de coacciones tipificados en el Título VI (cfr. *infra*). Tampoco los delitos que atacan a la libertad de determinadas personas (Jefe de Estado, Ministro, etc.: arts. 487, 503) o que protegen determinadas manifestaciones específicas de la libertad (sexual: Título VIII; de conciencia: arts. 522 y ss.) están recogidos en el Título VI.

Empezaremos por estudiar los delitos que se dirigen contra la libertad en su sentido más amplio: coacciones y amenazas, y seguiremos con las detenciones ilegales, que afectan a un aspecto más específico de la misma que es la libertad ambulatoria.

COACCIONES

El delito de coacciones se tipifica en el art. 172, que contiene un tipo básico y otro cualificado.

1. TIPO BÁSICO

Es el contenido en el párrafo 1 del art. 172:

> «El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados».

Tipo objetivo

La acción consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíba o compelerle (también con violencia, aunque la ley no lo diga expresamente) a efectuar lo que no quiere.

El empleo, pues, de *violencia* es fundamental en este delito. Originariamente, cierto sector jurisprudencial y GROIZARD (V, pp. 705 ss.) entendieron por violencia sólo la *física*, pero actualmente es unánime en la jurisprudencia una tesis extensiva, comprendiéndose las intimidaciones personales e incluso el empleo de fuerza en las cosas.

La inclusión de la intimidación en las coacciones hace que sea muchas veces imposible distinguir a éstas de las amenazas y sobre todo de las amenazas condicionales (cfr. *infra* y art. 169,1º), que tienen asignada una pena más grave que las coacciones. En estos casos la problemática se traslada al ámbito del *concurso de leyes*, solucionándose con la aplicación de la pena del delito más grave (art. 8,4ª).

Mucho más discutible es la interpretación extensiva que hace el Tribunal Supremo al ampliar el concepto de «violencia» a la fuerza ejercida sobre las cosas y aun a casos en los que ni tan siquiera se puede hablar de fuerza en las cosas. El cambio de una cerradura o su inutilización, el corte del suministro de energía eléctrica o de agua, ocupar un camino para impedir el paso, desinflar las ruedas de un coche, o esconder las llaves de contacto, son conductas que ciertamente pueden impedir una actuación voluntaria de una persona, pero no pueden equipararse en modo alguno a las violencias ejercidas directamente sobre la misma y no pueden calificarse de coacciones, por más que existan razones sociales que exijan la protección del inquilino o habitante de la vivienda, del beneficiario de una servidumbre de paso o del propietario de un vehículo de motor. La solución a estos casos debe buscarse por vías distintas a la penal, o apreciando otros delitos

si se dan los requisitos de los mismos, como el de daños de los arts. 263 y ss., o el más discutible de ocupación pacífica de inmuebles del art. 245,2; pero no en una interpretación extensiva del concepto de violencia que raya en la analogía contraria al reo. Algunos de estos casos podrán castigarse por amenazas, cuando, por ejemplo, se amenaza con romper un valioso jarrón si no se accede a lo que se pide. La inclusión de la fuerza en las cosas en el concepto de «violencia» es, además, sistemáticamente desacertada, pues sólo en muy pocos casos se equiparan expresamente la una a la otra (cfr., por ejemplo, art. 469), sucediendo más bien lo contrario: que cada una tiene un régimen distinto y unas consecuencias jurídicas también distintas; compárense, por ejemplo, los arts. 237 a 240 y 242. (Similares críticas a la jurisprudencia extensiva se han formulado por la doctrina dominante; véanse, por ejemplo, los trabajos de TORÍO LÓPEZ, MIR PUIG, HIGUERA GUIMERÁ, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, MIRA BENAVENT y CERVELLÓ DONDERIS, quien en las páginas 30 a 44 hace un resumen del estado de la cuestión).

Menos dudosa es la inclusión de los casos en que se priva de voluntad a un sujeto con el empleo de narcóticos, porque, aunque no se emplee materialmente la violencia, el efecto, la anulación de la voluntad, es el mismo. Algunos de estos casos podrían considerarse, sin embargo, como detenciones ilegales.

Sujeto pasivo puede serlo todo el que tenga una voluntad capaz de ser doblegada por la coacción. No es preciso que sea imputable, aunque en algunos casos el no imputable ni siquiera podrá tener esa capacidad volitiva mínima, por faltarle la capacidad de acción, con lo que no puede ser sujeto pasivo de este delito.

El resultado ha de ser impedir a otro hacer algo que la ley no prohíbe (es decir, obligarle a omitir algo no prohibido), o compelerle a efectuar algo, justo o injusto. Debe mediar una relación de causalidad adecuada entre la acción de coaccionar y el resultado. Para ello hay que tener en cuenta las circunstancias del hecho, la situación de los sujetos y todos aquellos datos que permitan ofrecer un juicio objetivo *ex ante* sobre la intensidad de la violencia y su adecuación para conseguir el resultado deseado. No es lo mismo coaccionar a un niño que a un boxeador profesional; en cada caso la intensidad de la violencia a emplear es distinta.

Tipo subjetivo

Es necesario que el dolo abarque no sólo el empleo de la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena, sino que es preciso también que ésta sea la intención del sujeto activo. El error sobre la licitud del empleo de la violencia debe tratarse como un error de prohibición del art. 14,3.

Causas de justificación

La especial referencia a la legitimidad de la acción en el artículo 172 pone de relieve la importancia de las causas de justificación en este delito. El ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber excluye la antijuricidad de la coacción, siempre que se ejerza dentro de los límites y principios que informan esta causa de justificación (necesidad y proporcionalidad). Pero el problema consiste en saber cuándo existe ese derecho a utilizar violencia para impedir a otro hacer algo que la ley no prohíbe u obligarle a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto. Ni siquiera en los casos en los que se impide con violencia a alguien que realice algo prohibido, pero no sancionado con una pena, es decir, un ilícito civil o administrativo, la coacción está siempre justificada. Los casos más discutibles son los siguientes:

– *Impedir el suicidio.* El *suicidio* no es un acto prohibido por la ley y el impedir con violencia que otro se suicide constituye, en principio, un acto típico de coacciones. Pero en casos límite en los que un tercero consigue en última instancia impedir que el suicida se arroje por la ventana, agarrándolo para que no lo haga o poniendo una red para que caiga en ella o cerrando la espita de gas, o quitándole bruscamente de un manotazo la pistola, creo que podría aplicarse el estado de necesidad (art. 20,5ª).

> Díez Ripollés (Comentarios I, p. 837) considera, en cambio, que en condiciones de pleno ejercicio de la voluntad el deber de respetar la libertad personal posee la primacía. Esta afirmación debe ser, sin embargo, matizada. Piénsese en el que con un manotazo le quita la pistola a otro que está a punto de suicidarse; o en el médico del servicio de urgencia que intenta desesperadamente salvar la vida de quien se acaba de intentar suicidar cortándose las venas. Estas conductas, aun llegando al nivel de la tipicidad de un delito de coacciones, pueden quedar justificadas por estado de necesidad. Aparte de razones humanitarias, está también el argumento del art. 143, que penaliza incluso la comisión por omisión de la cooperación al suicidio (véase *supra* capítulo II), y el del art. 195 que, salvo hipótesis de propio riesgo, impone la obligación de ayudar a todo el que se encuentre en situación de desamparo y peligro inminente (véase *infra* capítulo XIII); si el no atender a un suicida que se debate entre la vida y la muerte preso de horribles convulsiones o no intentar detener a alguien que está a punto de tirarse por un precipicio puede llegar a constituir un delito de omisión del deber de socorro, ¿cómo no va a estar justificado que se trate de evitar, incluso aplicando un cierto grado de violencia, que alguien se tire desde un quinto piso o se tome una botella de amoniaco?

– *Tratamiento médico coactivo.* El tratamiento médico en contra de la voluntad del paciente sólo puede estar justificado por imperativo de la ley para preservar la salud pública (así, por ej., vacunación obligatoria en tiempo de epidemia) o por estado de necesidad, siempre que se den los requisitos de necesidad y proporcionalidad antes aludidos y se trate de supuestos límites en los que el paciente a punto de morir tiene alteraciones en su capacidad de decidir debidas a su propia patología (por ej., alimentación forzosa de anoréxicos terminales). El tratamiento coactivo no estará, en cambio, justificado en los casos en que el rechazo del tratamiento entre dentro del ámbito de elección del paciente y éste esté en condiciones de disponer libremente sobre su salud (cfr. *supra* capítulo IV), eligiendo el tratamiento que considere más conveniente para preservarla (tomar un medicamento en lugar de someterse a una intervención quirúrgica), o rechazando el tratamiento mismo (rechazo de la transfusión de sangre). Sólo excepcionalmente se puede prescindir del consentimiento en los casos en que éste no puede ser recabado por incapacidad del paciente y en los que sea urgente la intervención.

> Este planteamiento, que en líneas generales es el que recoge la Ley General de Sanidad de 1986 en su art. 10,6, no siempre es acogido por la jurisprudencia, que tiende a dar prioridad a la intervención médica cuando ésta es objetivamente aconsejable conforme a los conocimientos médicos dominantes aunque sea a costa de la libertad del paciente para decidir lo que más le conviene; cfr. STS 14 marzo 1979 y comentario a ella de Bajo Fernández, 1979, pp. 491 ss.; sobre este problema en general cfr. Romeo Casabona, pp. 369 ss.

– *Huelgas de hambre reivindicativas.* Las huelgas de hambre en el ámbito penitenciario por razones políticas o como forma de conseguir alguna reivindicación deben tener la misma solución que la que se da a los casos de tratamiento médico; es decir, en principio hay que respetar la voluntad del huelguista, salvo que éste haya perdido ya de forma permanente la consciencia o su capacidad de decisión esté ya gravemente alterada. La dificultad de valorar estas circunstancias en la última fase de la huelga, en la que el huelguista se encuentra

semiinconsciente y en peligro inminente de muerte, y la posibilidad de manipulación política hacen que, en casos de duda sobre la capacidad del huelguista para decidir de forma consciente y responsable la continuación de la huelga, se adopte, con todas las garantías médicas y judiciales, la decisión de la alimentación intravenosa, que estaría desde ese momento justificada. Ésta es la posición que, en líneas generales, ha adoptado el Tribunal Constitucional desde sus sentencias de 27 de junio y 19 de julio de 1990, en las que, para justificar la alimentación forzosa, hace recaer el acento en el «peligro de muerte o riesgo de vida» del huelguista, destacando que lo importante es que el tratamiento impida que la situación sea irreversible y que la alimentación se lleve a cabo en condiciones que no supongan una humillación o vejación de la dignidad personal del huelguista (en este sentido también CERVELLÓ DONDERIS, p. 81; cfr. lo dicho *supra* capítulo II).

Tentativa

Si, a pesar del empleo de la violencia, no se consigue que el sujeto pasivo omita o haga algo, el delito no se consuma, pero cabe el castigo por la tentativa.

Diferencias con otros delitos y con la falta del art. 620,2º

Dada la amplitud del tipo de coacciones pueden ser subsumidas en él muchas conductas que atacan también a la libertad, pero que están recogidas en otros tipos: detenciones ilegales y allanamiento de morada; en este caso se aplicarán sólo los preceptos referentes a estos últimos delitos.

En el párrafo 2º del art. 620 se tipifica como falta el hecho de causar a otro una coacción de carácter leve. La diferencia, pues, entre el delito y la falta radica en la gravedad; gravedad que ha de consistir más en la importancia de lo que se obliga a hacer u omitir que en el acto intrínseco de la coacción, aunque también haya que estar a otras circunstancias que evidencien la levedad de la coacción, como es el caso de las bromas pesadas, las coacciones realizadas por ebrios, etc. (Sobre la diferencia entre esta falta y las injurias, véase STS 3 diciembre 1975. Sobre el principio de la insignificancia y de la adecuación social en estos delitos, MIR PUIG, pp. 300 ss.). De todos modos, la propia circunstancialidad del delito de coacciones es tenida en cuenta en el art. 172 como un criterio para determinar o elegir el tipo de pena

aplicable (prisión o multa), «según la gravedad de la coacción o de los medios empleados».

> La LO 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el último párrafo del art. 620 en relación a coacciones leves cometidas contra las personas a las que se refiere el art. 173,2, imponiendo la pena de localización permanente de cuatro a ocho días, «siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a 10 días». En este caso no será exigible la denuncia que se requiere para los demás supuestos del art. 620.

2. TIPO CUALIFICADO

El apartado 2 del art. 172 obliga a imponer las penas del apartado 1 en su mitad superior, «salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código», «cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental». La cláusula de salvedad tiene sentido por cuanto la obstaculización del ejercicio de algunos derechos fundamentales está tipificada expresamente en otros lugares del Código (cfr., por ej., arts. 510 y ss., 542, etc.), con lo que la aplicación de esta cualificación viene limitada a los casos en que este supuesto no esté previsto expresamente. Por lo demás, los requisitos exigidos para la aplicación de la cualificación son los mismos que los del tipo básico.

AMENAZAS

En el Capítulo II del Título VI se tipifican las amenazas. Gramaticalmente la voz «amenaza» significa «dar a entender a otro con actos o palabras que se le quiere hacer algún mal». Jurídicamente, sin embargo, en la regulación de este delito contenida en el art. 169 la palabra «amenaza» parece tener un sentido más restringido, ya que el mal con el que se amenaza debe constituir un delito que recaiga sobre bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico del amenazado, su familia u otras personas con las que el amenazado esté íntimamente vinculado. Pero también cabe la amenaza de mal no constitutivo de delito en el art. 171, por lo que la amenaza en sentido jurídico-penal prácticamente coincide con el sentido gramatical de la expresión, pudiendo, por tanto, definirse simplemente como la exteriorización hecha por una persona a otra del propósito de causarle a él, a su familia o persona

allegada un mal, dependiendo luego del respectivo tipo delictivo la determinación de la naturaleza de dicho mal. Antes de estudiar los diversos tipos legales, veamos algunas cuestiones comunes a los mismos.

Tipo objetivo

La acción consiste en exteriorizar un propósito. Tal propósito ha de consistir en un mal, es decir, en la privación de un bien presente o futuro. El mal ha de ser en principio ilícito, delictivo o no. Sólo en las amenazas condicionales puede también el mal ser lícito.

El sujeto activo ha de exteriorizar su propósito de un modo que haga creer al sujeto pasivo que es real, serio y persistente, independientemente de la forma que se use para su exteriorización. No es preciso, sin embargo, que el sujeto activo piense realizar ese propósito realmente, basta con que aparentemente pueda considerarse como tal por parte del sujeto pasivo. Es necesario, por tanto, para la consumación que la amenaza llegue a conocimiento del amenazado (sujeto pasivo), aunque sea por vía indirecta, y que éste comprenda el sentido de la amenaza. De aquí se deduce que hay que tener en cuenta las circunstancias del hecho.

La cuestión de la gravedad del mal y su adecuación para intimidar tiene que relacionarse con la persona del amenazado y con las circunstancias que lo rodean; pero no es preciso que la amenaza llegue a intimidar al amenazado, sino que basta con que *objetivamente* sea adecuada para ello. Expresiones como «te voy a matar», «cuando vayas por mi pueblo te voy a dar una paliza que vas a recordar el resto de tus días», etc., pueden ser más o menos intimidantes en función de las circunstancias y de la propia condición del que profiere las amenazas y del que las recibe. Desde luego, hay amenazas que, por muy graves que parezcan, objetivamente no despiertan ningún sentimiento de inseguridad, ni tienen capacidad para modificar las decisiones de una persona («perro que mucho ladra, poco muerde»). Esto es muy importante en las amenazas simples, no condicionales, ya que el *bien jurídico protegido* en este delito es, más que la libertad en la formación del acto voluntario, el sentimiento de seguridad o de tranquilidad, y no parece que una amenaza poco creíble o difícilmente realizable («cuando gane las elecciones voy a hacer que te detengan») tenga tanta eficacia como para perturbar el sentimiento de seguridad de nadie. Sin embargo, las amenazas de muerte empuñando armas de fuego o esgrimiendo un afilado cuchillo sí pueden considerarse suficientemente graves como para que, aunque no se imponga ninguna condición, se perturbe el sentimiento de seguridad. Esto es mucho más evidente en las amenazas con finalidad terrorista del art. 170 (véase *infra*).

El mal puede recaer en el propio amenazado, en su *familia o en otras personas con las que esté íntimamente ligado*; pero en el caso de que el mal con que se amenaza sea constitutivo de delito, debe recaer sobre los bienes jurídicos citados en el art. 169. En el caso de que la amenaza no sea de un mal constitutivo de delito (art. 171), lo importante no es tanto la índole del mal con que se amenaza (que puede ser incluso lícito: pagar una deuda que se debe), como la de la condición que se imponga.

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo, que en el caso de la amenaza condicional debe referirse también a la consecución de lo que el que amenaza solicita (una cantidad de dinero, la realización de una determinada actividad). En los casos de bromas pesadas y de falta de seriedad de la amenaza, podrá aplicarse alguna de las faltas contenidas en el art. 620.

Tentativa

La doctrina dominante sostiene que las amenazas se *consuman* cuando llegan a conocimiento del amenazado. En algún caso cabe que la amenaza no llegue a conocimiento del amenazado sino de un tercero que la denuncia (así, por ejemplo, la carta amenazadora es interferida antes de que llegue a su destinatario, STS 20 mayo 1944), pudiendo apreciarse tentativa, aunque en la práctica, es el amenazado el que, una vez tenga noticia de la amenaza, decide hasta qué punto la expresión objetivamente amenazante puede tener intensidad suficiente como para perturbar su libertad o su sentimiento de seguridad, y de esta manera determina si el delito existe y, por tanto, éste está consumado. En la amenaza condicional se distingue según que el sujeto amenazado haya cumplido con la condición impuesta o no, es decir, según el culpable hubiera conseguido su propósito o no (art. 169,1º y 171,1); en el primer caso la pena es más grave que en el segundo, pero la consecución del propósito del culpable es una *condición objetiva que agrava la punibilidad*, y no el resultado consumativo (en contra,

JAREÑO LEAL, p. 34, para quien se trata de una «terminación» del delito).

Tipos legales

A) Amenaza de un mal que constituye delito

Hay que distinguir entre:

a) Amenaza condicional de mal que constituya delito

> Art. 169,1º: «si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita».

La condición que se exige al amenazado, hacer u omitir, puede ser lícita o ilícita, pero el mal que se amenaza causarle ha de ser en este supuesto siempre delito. Amenazar con injurias: decir, por ejemplo, que se va a hacer público un defecto o una actividad deshonrosa, constituye amenaza de mal delictivo (véase STS 16 diciembre 1974). La realización del mal (delito) depende, por tanto, de que el amenazado cumpla la condición exigida o no. La pena varía según el culpable (sujeto activo) hubiera conseguido su propósito (prisión de uno a cinco años) o no (prisión de seis meses a tres años). Se impondrá de todos modos la pena en su mitad superior «si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos» (art. 169,1º, pfo. 2º).

b) Amenaza no condicional

Se tipifica en el art. 169,2º y sólo es delito cuando el mal amenazado constituye delito. La pena es de prisión de seis meses a dos años.

c) Amenaza con finalidad terrorista

Según el art. 170, «si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores

en grado a las previstas en el artículo anterior». Este precepto se refiere a supuestos de amenazas a colectivos o grupos más o menos homogéneos, calificados por su pertenencia a un determinado pueblo, etnia, religión, etc., y la razón de la agravación de lo que normalmente constituye una amenaza no condicional («vamos a quemar a todos los negros, a los de este pueblo, o la sinagoga, o la mezquita, o la iglesia, etc.»), es que ello conlleva un propósito terrorista. El tipo objetivo requiere, sin embargo, que las amenazas tengan «la gravedad necesaria», es decir, una probabilidad objetiva de poder realizarse.

> Según el apartado 2 del art. 170, introducido por LO 2/1998, de 15 de junio, y modificado por LO 15/2003, de 25 de noviembre, «serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas» (véase *infra*, capítulo XXXVIII: terrorismo).

B) Amenaza de mal no constitutivo de delito

Tiene una doble regulación en el art. 171.

> a) El art. 171,1 dice: «Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior».

La estructura es la misma que las amenazas condicionales ya estudiadas, pero aquí el mal con que se amenaza no es delito (o, más concretamente, no constituye uno de los delitos mencionados expresamente en el art. 169). El mal puede consistir en un hecho ilícito (no penal), e incluso también en uno lícito, así, por ejemplo, si se conoce que un sujeto ha cometido un delito y se le amenaza con denunciarlo (mal lícito), si no entrega determinada suma de dinero (condición). Cuando el que amenaza es el propio perjudicado por el delito, por ejemplo, la víctima de un accidente de circulación o sus herederos, que están legitimados para exigir por la vía civil la indemnización correspondiente, el hecho es absolutamente correcto, dado que la condición que se impone (el pago de la indemnización) es una «conducta debida»; pero si el sujeto (que puede ser también su abogado) pretende aprovecharse de la situación y exigir una cantidad superior a la debida, entonces se comete el delito previsto en este art. 171,1. Y lo mismo

sucede cuando el que amenaza con denunciar no es el perjudicado por el delito, ni su abogado o representante legal, sino un tercero que quiere sacar provecho de la situación, porque para este tercero la condición que impone a cambio de no denunciar no consiste en una «conducta debida». En el fondo, lo importante para poder apreciar el delito del art. 171,1 es la relación existente entre el mal con el que se amenaza y la pretensión que se solicita, que en la medida en que no sea debida, es una pretensión ilícita o, como dice el propio art. 171,1 más gráficamente, no consiste en una «conducta debida». Sin embargo, como inmediatamente vamos a ver al comentar el art. 171,2, cierto tipo de amenazas como la de exigir una determinada cantidad a una persona a cambio de no divulgar determinados hechos relativos a su intimidad incluso no delictivos, como la homosexualidad, el adulterio, etc., tienen mayor pena (cfr. *infra*), pero ello sólo puede ser posible, para mantener la coherencia con lo previsto en el art. 171,1, en la medida en que la condición que se impone no consista en una «conducta debida». Por otra parte, si la divulgación de estos hechos es constitutiva de un delito de injurias, habrá que incluir la amenaza en el nº 1º del art. 169 (en este sentido también LORENZO SALGADO, 1989, p. 778; de otra opinión, JAREÑO LEAL, p. 82).

> b) El art. 171,2 dice: «Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiere».

Este precepto viene a penalizar expresamente el llamado «chantaje», cuya punibilidad en el anterior Código penal era dudosa o, en todo caso, sólo era posible por la vía indirecta de la amenaza condicional de mal no constitutivo de delito (cfr. *supra*; sobre la situación en el Código penal anterior y en los Proyectos de Código penal, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 157 ss.; para más detalles sobre éstos y otros antecedentes de la regulación actual, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1995, pp. 53 ss.). Ciertamente, en el «chantaje» nos encontramos siempre con que el sujeto que amenaza o chantajea impone una condición (normalmente, que se le entregue una cantidad de dinero a cambio de su silencio, «precio del silencio»), pero los hechos sobre los que recae («hechos de la vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés») y la trascendencia que pueden tener no sólo en la libertad del sujeto amenazado, sino en su honor e intimidad, ha llevado al legislador a darle un tratamiento punitivo más grave que el de otras amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito. Muchas veces el hecho con cuya revelación se amenaza puede ser irrelevante desde el punto de vista jurídico (por ej., homosexualidad), pero en la medida en que social y objetivamente pueda valorarse como algo negativo para la reputación social del amenazado, éste puede verse obligado a cumplir con la condición que le impone el chantajista (entrega de una cantidad o recompensa). Con mucha mayor razón puede el chantajeado cumplir con la condición que le impone el chantajista cuando la amenaza consista en revelar o denunciar la comisión de algún delito, de ahí que el apartado 3 del mismo art. 171, siguiendo un discutible principio de oportunidad y con el objeto de facilitar el castigo del chantaje, conceda una especie de excusa absolutoria para el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste tuviera pena de prisión superior a dos años; pero incluso en este caso, el mismo precepto permite que el juez o tribunal rebaje la pena del delito en cuestión en uno o dos grados. Esta generosidad del legislador para con el chantajeado no puede, sin embargo, admitirse en los casos en que sea la propia víctima del delito por él cometido el que le exige la cantidad o recompensa a modo de indemnización cuando tiene derecho a la misma, pues en este caso la condición impuesta es una «condición debida» que, igual que en el supuesto del art. 171,1, justificaría la amenaza y la exigencia de la condición (véanse FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1995, pp. 155 ss.; y 2001, pp. 141 ss.; JAREÑO LEAL, p. 93; BARQUÍN SANZ, pp. 82 ss.).

Concurso

Es de tener en cuenta que si la amenaza se dirige contra determinadas personas (Jefe de Estado, Ministro, etc.) son de aplicación los tipos que prevén especialmente estas figuras (cfr. arts. 490,2, 498, 504, 550, etc.). En el caso en que se realice de forma inmediata el mal que se amenaza y éste fuera constitutivo de algún delito, la amenaza se consume por estos delitos, pero no si existe un lapso de tiempo entre la amenaza del mal y su realización. Al igual que las coacciones, a menudo las amenazas no son más que medios de comisión de otros delitos. En muchos otros lugares del Código se tipifican delitos cuya

modalidad ejecutiva típica consiste en la aplicación de violencia o intimidación en las personas (agresión sexual, art. 178; robo con intimidación, art. 242; extorsión, art. 243; usurpación, art. 245; etc.), constituyendo delitos complejos en una *unidad* que sólo puede considerarse separadamente en algunos casos como, por ejemplo, en la tentativa cualificada en el desistimiento voluntario de consumar el delito. Por lo demás, cabe perfectamente aplicar las reglas del concurso en los casos en que las amenazas o coacciones no sean elementos típicos de otros delitos, como, por ejemplo, en el delito previsto en el artículo 542: impedir a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes.

C) Amenazas leves

Según el art. 620, constituye falta y se castiga, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, con multa de diez a veinte días, al que, de modo leve, amenace a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saque en riña, como no sea en justa defensa, y a quien cause a otro una amenaza de carácter leve.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el último párrafo del art. 620 en relación a amenazas leves cometidas contra las personas a las que se refiere el art. 173,2, imponiendo la pena de localización permanente de cuatro a ocho días, «siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a 10 días». En este caso no será exigible la denuncia que se requiere para los demás supuestos del art. 620. Respecto a la amenaza con armas u otros instrumentos peligrosos a los sujetos pasivos del art. 173,2, véase *supra*, capítulo IV, empleo de violencia contra personas vinculadas al agresor.

DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTROS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995*: BELLO LANDROVE, *Consideraciones acerca de los delitos de rapto y detenciones ilegales agravados de sospecha*, RGLJ 1980; BENEYTEZ MERINO, *Libertad protegida. Introducción al estudio de los delitos contra la libertad y seguridad de las personas*, Madrid 1994; BUSTOS RAMÍREZ, *El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*, en Control social y sistema penal, Barcelona 1987; CÓRDOBA RODA, *El delito de detenciones ilegales*, ADP 1964-65; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha*, PJ 1993; GARCÍA PÉREZ, *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia*, ADP 1993; GIMBERNAT ORDEIG, *El delito de detención ilegal con desaparición forzada*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989;

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, *Secuestro de menores*, AP 1990; JOSHI JUBERT, *Robo con toma de rehenes, utilización ilegítima de vehículo de motor y detenciones ilegales*, ADP 1992; LAMARCA PÉREZ, *La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?*, JD 1993; LUZÓN PEÑA, *Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales*, EPC 1986/1987 (también en PJ 1987); MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada 1988; MARTÍN PALLÍN, *Desaparición forzada de personas: de la sospecha al reproche penal*, AP 1989; MUÑAGORRI LAGUÍA, *La «construcción» del delito de detención ilegal con desaparición forzada. La jurisprudencia constitucional y el artículo 483 del Código penal*, PJ 1992; MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, Madrid 1992; ORTS BERENGUER, *El nuevo art. 481 del Código penal*, en Escritos Penales, Valencia 1979; el mismo, *Detenciones ilegales cualificadas*, en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; el mismo, *Conductas relativas al acondicionamiento, construcción y tenencia de lugares a propósito para cometer el delito de detenciones ilegales*, en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; POLAINO NAVARRETE, *El delito de detención ilegal*, Pamplona 1982; PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid 1990; PUIG PEÑA, *Detenciones ilegales*, NEJ VII, 1955; RODRÍGUEZ RAMOS, *La detención*, Madrid 1987; el mismo, *Posible inconstitucionalidad del art. 483 del Código Penal*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; SAINZ-PARDO CASANOVA, *Detenciones ilegales (análisis del artículo 186 del Código penal)*, CPC 1977; VIVES ANTÓN, *Detenciones ilegales*, en La detención, Barcelona 1977; ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la libertad en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983.

Sobre la situación tras el Código penal de 1995: ALONSO PÉREZ, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid 1997; BLANCO LOZANO, *La detención ilegal con desaparición del sujeto pasivo en el nuevo Código penal*, La Ley 1996; CLIMENT DURÁN, *Detenciones ilegales policiales*, Valencia 1998; el mismo, *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Valencia 1999; ESCUCHURI AISA, *Detenciones ilegales y robo con intimidación*, RDPC 2004; FERRERO HIDALGO, *Delito de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, Barcelona 1998; HERRERO HERRERO, *El delito de detención ilegal practicado por autoridad o funcionario público en nuestra legislación penal codificada*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; LANDROVE DÍAZ, *El tipo básico de detención ilegal*, La Ley 1998; el mismo, *Detenciones ilegales y secuestros*, Valencia 1999; el mismo, *Los «desaparecidos»*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; MIRAT HERNÁNDEZ, *Detenciones ilegales*, Madrid 2001; MONER MUÑOZ, *Las detenciones ilegales*, RGD 1996; RUEDA MARTÍN, *La adecuación social y el delito de detenciones ilegales*. (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater), RDPC 2000.

Sobre las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, véase *infra* bibliografía capítulo XXXVI.

Bajo la rúbrica «De las detenciones ilegales y secuestros» se tipifican en el Capítulo I del Título VI una serie de delitos que inciden directamente en la libertad ambulatoria de las personas. Para algunos debería seguirse el orden legal y estudiarse en primer lugar, ya que afecta al más elemental y capital aspecto de la libertad humana: *la libertad ambulatoria* (QUINTANO I, 2, pp. 893 ss.). Sin embargo, este delito no deja de ser una variante de las coacciones, aunque se diferencia de ellas en que no ataca la libertad genéricamente considerada, sino sólo un aspecto de ella, la ambulatoria, y, por otra parte, los medios comisivos en las detenciones ilegales no se restringen al empleo de la violencia como ocurre en el delito de coacciones, ni a las amenazas. De todas formas, la distinción es a veces difícil porque hay supuestos en las coacciones en los que también se priva de la libertad ambulatoria: por ejemplo, el suministro de un narcótico o el atar a una persona. En estos casos debe apreciarse un delito de detenciones ilegales. La jurisprudencia aprecia, sin embargo, en casos de detenciones de escasa relevancia el delito de coacciones, con la intención de eludir la más grave penalidad de las detenciones ilegales (críticamente CÓRDOBA RODA, p. 404. Cfr., sin embargo, STS 2 octubre 1978 y sentencias posteriores como la de 21 de marzo de 1997 y 16 de diciembre de 1997, con comentario de RUEDA MARTÍN, pp. 443 ss.). La solución quizás podría estar en la propia dimensión temporal de la detención. Una privación de libertad ambulatoria de escasa duración, por ejemplo, mantener inmovilizada a una persona mientras se roba su casa o su automóvil, no constituye por sí una detención, sino unas coacciones o amenazas que, en su caso, constituyen también el medio comisivo de un robo (véanse, por ej., STS 4 febrero 1987; BAJO III, p. 10; STS 28 marzo 2003 y comentario de ESCUCHURI AISA); no obstante, una privación de libertad como finalidad en sí misma, o como medio para exigir un rescate, siempre constituye el delito de detención ilegal, independientemente de la duración temporal de la misma (así, acertadamente, LANDROVE DÍAZ, 1999, p. 75, citando SSTS 20 noviembre 1994, 16 enero 1995 y 29 septiembre 1998; véase *infra* tipos legales).

El *bien jurídico protegido* en el delito de detenciones ilegales es la libertad ambulatoria, es decir, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico. No importa que a esa libertad externa no acompañe una libertad interna, el que concurra o no la facultad de discernimiento. Sujetos pasivos de este delito pueden ser, por tanto, también los inimputables, menores, etc., en la medida en que tengan capacidad suficiente para poder trasladarse por sí mismos.

Cuando se trate de menores o de personas que carezcan de capacidad para decidir por sí mismos, la detención ilegal consiste en el quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de su guarda (véase *infra*: tipos cualificados, c; sobre el antiguo delito de sustracción de menores, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 182 ss.; sobre sustracción de menores por el progenitor véase *infra* capítulo XIII). En los casos de personas paralíticas que necesitan de medios auxiliares para trasladarse, existirán detenciones ilegales cuando se les prive de estos medios.

Sujeto activo puede ser sólo el «particular» o la autoridad o el funcionario público que actúa como particular, pero prevaliéndose de su función o cargo. En este último caso, el art. 167 prevé una cualificación de la pena, pero no un delito distinto (véase *infra* tipos cualificados).

En el Capítulo I se recogen varios tipos cualificados y privilegiados a partir de uno básico que sirve de referencia a todos los demás.

1. TIPO BÁSICO

> Dice el art. 163,1: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años».

Elemento objetivo

Con respecto a los sujetos es aplicable lo dicho anteriormente. Sujeto pasivo será, pues, todo el que tenga la voluntad abstracta o potencial de movimiento.

La acción consiste en la privación al sujeto pasivo de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico, con indiferencia de las proporciones de este último. Las dos únicas modalidades típicas de la acción recogidas en el art. 163,1 son el encierro y la detención. Es indiferente el tipo de medios utilizados para ello o si se realizó por acción u omisión.

a) «Encerrar» equivale a situar a una persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble (automóvil, habitación, roulote, etc.).

b) «Detener» equivale a la aprehensión de una persona a la que se le priva de la facultad de alejarse en un espacio abierto (atándola, golpeándola, etc.).

En ambos casos el resultado es el mismo: privación de libertad ambulatoria, con cuya realización se consuma el delito, aunque esta consumación pueda prolongarse luego indefinidamente (véase *infra*).

Elemento subjetivo

El dolo requiere la voluntad de impedir a alguien el empleo de su libertad ambulatoria. Las detenciones ilegales no requieren ningún elemento subjetivo específico además del dolo (en este sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, p. 175; LANDROVE DÍAZ, 1999, p. 66; también la jurisprudencia, abandonando así un antiguo criterio que exigía un elemento subjetivo específico para evitar la incriminación de la imprudencia; cfr., sin embargo, SSTS 13 julio 1989 y 16 diciembre 1997).

Antijuricidad

El consentimiento del sujeto pasivo (por ej., para el internamiento voluntario en un centro psiquiátrico) justifica, en principio, la privación de libertad. De no mediar el consentimiento hay que recurrir al estado de necesidad, como sucede con el internamiento de enfermos mentales peligrosos en los casos en que esta peligrosidad no pueda ser eliminada de otro modo. El internamiento de estas personas en establecimientos cerrados viene regulado en los arts. 760 y ss. LEC (cfr. sobre todo art. 763). La observancia de estos preceptos, igual que el cumplimiento de los requisitos formales que autorizan la detención por las Fuerzas de Orden público (orden judicial, causa de delito, etc.), excluyen la antijuricidad de la detención. Si se incumple alguna de las formalidades legales prescritas podrá apreciarse la eximente 7ª del art. 20 como eximente incompleta, aunque en el caso del funcionario habrá que ver si no será de preferente aplicación el art. 530 (cfr. STS 21 octubre 1971, e *infra* capítulo XXXVI).

La antigua jurisprudencia, que consideraba justificada la detención de la mujer en el domicilio conyugal por parte del marido, fue criticada en su día, con razón, por CÓRDOBA RODA (pp. 6 ss.), porque, aparte de basarse en unos presupuestos sociológicos ya desfasados, carecía de todo apoyo legal civil o administrativo. Las detenciones y privaciones de libertad llevadas a cabo por personal de seguridad privada carecen de cobertura legal más allá de los supuestos admitidos de detención ilegal llevada a cabo por particular en el art. 490 de la LECrim., ya que, como dice la STS de 13 de diciembre de 1993, los vigilantes jurados de seguridad no son agentes de la autoridad (en este sentido, LANDROVE DÍAZ, 1999, pp. 108 ss. Cfr. también la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada).

En algunos casos está permitido al particular detener a otro particular. Estos casos vienen taxativamente regulados en los artículos 490 y 491 de la LECrim.: detener al delincuente *in fraganti*, al fugado de un establecimiento penal, al procesado o condenado en rebeldía, etc. Según el art. 491 LECrim., basta la creencia racional de que el detenido se encuentra en alguna de estas circunstancias. Este concepto de «creencia racional» debe interpretarse en un sentido objetivo y no como la consagración de un error de prohibición sobre los límites legales de la detención que tiene un tratamiento específico en el art. 163,4 (véase *infra*).

La conducta mediadora para resolver una detención ilegal, haciendo por ejemplo, de intermediario para pagar el rescate, debe considerarse, en principio, cubierta por el estado de necesidad, salvo que se trate de un supuesto de participación o favorecimiento de la detención (cfr. STS 5 diciembre 1994. LAMARCA PÉREZ, pp. 51 ss., se inclina por la tesis de la atipicidad de la conducta mediadora; mientras que LANDROVE DÍAZ, 1999, p. 146, considera preferente en estos casos la apreciación de un estado de necesidad, aunque advierte de las dificultades probatorias que plantea decidir cuándo el intermediario actúa en interés de las víctimas y familiares y cuándo en interés de los secuestradores).

Culpabilidad

El sujeto activo que cree erróneamente que su conducta se halla justificada por actuar en el ejercicio de un derecho o con consentimiento del sujeto pasivo, actúa en error sobre la antijuricidad de su conducta (error de prohibición), pero cuando se trata de una «creencia racional» en la existencia de los presupuestos previstos en los arts. 490 y 491 de la LECrim., el hecho estará justificado, y en los casos de error vencible será directamente aplicable el art. 163,4 (cfr. *infra*).

Consumación y permanencia

El delito se consuma cuando se ha producido el resultado de privación de libertad. Cabe, pues, la tentativa. Pero como la detención ilegal es un estado que puede prolongarse en el tiempo, estamos a veces ante un *delito permanente*, al igual que el allanamiento de morada, en el que cabe una participación después de consumarse el delito, y

cuya duración puede tener incidencia en la gravedad de la pena (cfr. *infra* y arts. 163,2 y 3, 164 y 166).

Participación

El que proporcionare lugar destinado a la ejecución del delito responde como cooperador necesario, aunque si está ya previamente relacionado con los ejecutores de la detención puede ser considerado coautor (véase art. 28).

Cabe la autoría mediata, incluso sirviéndose de la autoridad como instrumento; así, por ejemplo, es perfectamente imaginable el caso del que, falsificando un certificado médico, consigue que encierren en un establecimiento de enfermos mentales a una persona, el del perito o el testigo que con su peritaje o falso testimonio consiguen que detengan a un inocente, o el del acusador o denunciante falso que consigue que el acusado sea detenido unas horas por la Policía (en este sentido, LANDROVE DÍAZ, 1999, p. 53, citando STS 15 octubre 1990).

El art. 168 declara expresamente punibles en este delito la provocación, la conspiración y la proposición, castigándolas con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate.

2. TIPOS PRIVILEGIADOS

Se atenúa la pena del tipo básico cuando:

a) El culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto (art. 163,2, pena inferior en grado). Se trata de un caso de especial relevancia del arrepentimiento espontáneo, coincidente en esencia con la atenuante 5ª del art. 21 (cfr. STS 6 octubre 1980).

b) El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad (art. 163,4, pena: multa de tres a seis meses). Los casos permitidos por la ley vienen regulados en los arts. 490 y ss. de la LECrim. (véase *supra*). Lo importante en este delito es que la intención del sujeto activo sea la de presentar a la autoridad a la persona detenida. Esta intención es, pues, un especial elemento subjetivo del injusto que trasciende del simple dolo de la detención. Caso de que no existiese, estaríamos en presencia de un delito de detenciones ilegales normal. En realidad se trata de una causa de justificación incompleta porque, aunque se da el elemento subjetivo de actuar conforme a Derecho

(«para presentar a la autoridad»), no se da, en cambio, el objetivo («fuera de los casos permitidos por las leyes»). También puede estimarse como un caso específico de error de prohibición vencible. Sin embargo, MUÑOZ SÁNCHEZ (p. 229) y DÍEZ RIPOLLÉS (en Comentarios I, p. 352) lo consideran como un supuesto de exceso que entraña que el sujeto tiene conciencia de que actúa fuera de la legalidad, aunque sea con la finalidad de entregar el detenido a la autoridad, lo que difícilmente casa con el carácter privilegiado de esta figura.

3. TIPOS CUALIFICADOS

Son varias las razones por las que el legislador agrava la pena de las detenciones ilegales creando en el Capítulo I una serie de tipos cualificados:

a) Por la duración de la detención

Una de las razones que justifica un trato agravado de la detención ilegal es la prolongación de la detención, ya que, al ser ésta un delito permanente, la privación de libertad se puede prolongar indefinidamente, lo que obviamente aumenta el desvalor del resultado. Por eso, el art. 163,3 impone la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

b) Por secuestro. Propuesta de interpretación del art. 164

La duración temporal de la detención se tiene también en cuenta para agravar o rebajar la pena en el delito de «secuestro» previsto en el art. 164, es decir, cuando la detención va seguida de la exigencia de alguna condición (el pago de un rescate, la liberación de algún preso, etc.) para poner en libertad a la persona secuestrada. Una interpretación literal de este requisito puede conducir a la absurda (y criminógena) conclusión de que la cualificación no es aplicable cuando en el momento de exigir el pago del rescate se ha matado ya al detenido. Efectivamente, el art. 164 habla de «ponerla en libertad», lo que literalmente interpretado puede dar la impresión de que el tipo exige que el secuestrado esté con vida. Pero esta interpretación no sería correcta ni siquiera en el plano gramatical, y mucho menos en el plano sistemático y teleológico. Desde el punto de vista gramatical, la expresión para «ponerla en libertad» va referida a la exigencia del rescate que se

está haciendo a la familia y, desde el punto de vista de ésta, lo que importa es que cree que el secuestrado se encuentra aún con vida, tanto más cuanto esta creencia es corroborada por la conducta de los secuestradores que le suministran pruebas, en este caso falsas, de que efectivamente el secuestrado aún vive. La expresión «para ponerla en libertad» se refiere, pues, a la decisión que los secuestradores comunican a la familia o a terceras personas (también al mismo secuestrado, si éste está con vida) de que si no cumplen las condiciones que ellos le imponen, matarán al secuestrado o le causarán algún daño (tortura, mutilación, etc.); y, por eso mismo, en el caso de que los destinatarios de la amenaza sean terceras personas distintas del secuestrado, la cualificación es aplicable aunque ya hayan matado al secuestrado, o finalmente decidan no hacerlo. Lo importante es, por tanto, que la familia o cualquier otra persona destinataria de la condición que imponen los secuestradores crea que efectivamente todavía éstos pueden poner en libertad al secuestrado. Ésta es también la interpretación correcta desde el punto de vista sistemático y teleológico. El art. 164 es un delito complejo que incluye, por un lado, un delito de detenciones ilegales y, por otro, unas amenazas condicionales. El legislador podía haber elegido perfectamente valorar el complejo delictivo que constituye el llamado «secuestro» por la vía del concurso (ideal) de delitos, como hacían nuestros Códigos penales de 1848/50 y 1870. Pero desde la reforma de 1944, y mucho más claramente a partir de la reforma de 1978 del anterior Código penal y en el Código penal de 1995, se ha elegido la vía, frecuentemente utilizada en el Derecho comparado, de formar un *delito complejo* resultante de la unión de dos delitos, el de detenciones ilegales y el de amenazas condicionales, que pierden así su autonomía típica para integrarse en un nuevo delito, distinto y autónomo de los que lo integran. La razón de la elección de esta técnica legislativa no es otra que la mayor gravedad de la pena con la que conmina el delito complejo de secuestro, mucho mayor que la que resultaría de aplicar los dos delitos por separado conforme a las reglas del concurso de delitos. Sería, por tanto, un contrasentido que cuando los secuestradores dan muerte a la persona secuestrada y luego exigen alguna condición para su supuesta liberación (caso evidentemente más grave que cuando aún no lo han matado), no pudiera aplicarse el tipo cualificado y hubiera que acudir a las reglas del concurso de delitos, que castigan el hecho con una pena mucho menor (basta comparar las penas previstas en el art. 164 con las que resultarían si se castigaran por separado conforme a las reglas del concurso del art.

77). Ello supondría tanto como decirle a los futuros secuestradores que es preferible que maten desde el primer momento al secuestrado, porque así evitarían que se les impusiera la pena del tipo cualificado del art. 164. Ahora bien, una vez aclarada la naturaleza del art. 164, y teniendo siempre en cuenta que su razón de ser es dar un tratamiento más severo a las detenciones ilegales seguidas de la exigencia de un rescate, podría ser que excepcionalmente en el caso concreto la pena resultante conforme a las reglas del concurso entre detenciones ilegales y amenazas condicionales fuera igual o incluso superior a la que resultara de la aplicación del art. 164. Entonces el problema se traslada a un *concurso de leyes* a resolver conforme a lo que dispone para estos supuestos el art. 8,4ª.

La interpretación que aquí se propone del art. 164 ha sido acogida por la STS de 5 de marzo de 1999, que casó la de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de febrero de 1998 que se inclinó por una interpretación puramente literal del art. 164 y denegó su aplicación en un caso («caso Anabel Segura») en el que los secuestradores habían exigido el rescate a los familiares de la secuestrada después de haberla asesinado (en el sentido del texto también LANDROVE DÍAZ, 1999, pp. 124 ss.: «Un caso límite. La petición de rescate por una liberación imposible»). Ningún problema hay tampoco, por supuesto, en aplicar la cualificación por secuestro cuando la exigencia que se impone es la liberación de presos o de detenidos legal o ilegalmente a través de un comunicado que se manda a los medios de comunicación (véase STS 29 julio 1998: «caso Marey», y comentario a la misma de LANDROVE DÍAZ, 1999, pp. 131 ss.).

La pena del secuestro, que ya de por sí es de prisión de seis a diez años, se eleva a la superior en grado (prisión de diez a quince años) si se da la circunstancia del art. 163,3, es decir, la de que el secuestro hubiera durado más de quince días, y se rebaja a la inferior en grado (prisión de tres a seis años) si se dieran las condiciones del art. 163,2, es decir, si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto. Si se obliga al secuestrado a suscribir algún documento (por ej., firmar un cheque), habrá el correspondiente concurso (real o ideal-medial) con el delito de extorsión (art. 243); igualmente cabe el concurso entre el secuestro y los delitos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual.

c) Cualificaciones comunes a las anteriores

El art. 165 contiene una serie de cualificaciones comunes a las detenciones ilegales y secuestros tipificados en los artículos anteriores,

imponiendo las respectivas penas en su mitad superior cuando la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. La primera de las cualificaciones absorbe el delito de usurpación de funciones (art. 402); mientras que las otras dos se basan en la cualidad del sujeto pasivo, integrando la cualificación de tratarse la víctima de un menor de edad o incapaz el antiguo delito de secuestro de menores; y exigiendo la segunda que el funcionario estuviese en el ejercicio de sus funciones.

d) Por desaparición del detenido o secuestrado

El art. 166 contiene un tipo cualificado especial con el siguiente tenor literal:

> «El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad».

En el Código penal anterior esta cualificación estaba redactada de manera que daba la impresión de que se trataba de un tipo de mera sospecha y prácticamente de la presunción de un asesinato, al asignársele una pena casi idéntica a la de este delito. Por eso fue objeto de las más duras críticas por parte de la doctrina (cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 165 ss.). Es ciertamente grave que alguien que detuvo ilegalmente a una persona no dé razón del paradero de la misma, e inmediatamente surge la sospecha de que puede haberla matado. Pero para castigar por homicidio o asesinato hay que demostrar que efectivamente este hecho se ha producido, y eso es lo que no sucede cuando lo único que consta es que no se sabe el paradero de la persona detenida. Así, por ejemplo, cabe que el detenido se fugue y en la fuga caiga en un río ahogándose, de lo que no tiene noticia el que lo detuvo. El problema que plantea la aplicación de este precepto en la práctica es que, muchas veces, el desconocimiento del paradero de un detenido ilegalmente se debe a que tampoco se sabe quiénes son sus secuestradores o a que no se les puede detener; por lo que el precepto sólo puede aplicarse a los que, una vez detenidos, procesados y juzgados por un delito de detención ilegal, no dan razón del paradero del detenido, en la medida en que éste no haya aparecido. Como el presumible homicidio o asesinato que puede haberse dado no puede

ser probado, se hace preciso formular un tipo de detenciones ilegales cualificadas por «no dar razón del paradero de la persona detenida», haciendo recaer el centro de gravedad de la cualificación en un hecho en sí tan grave o más que el de la detención que es el de la «desaparición» misma. Se trata, pues, de lo que BUSTOS RAMÍREZ (p. 186) llama un caso de «desaparición forzada de personas» que constituye incluso un ataque más grave que el simple homicidio. Ésta es también la interpretación que dio al art. 483 del anterior Código penal la STC de 28 de noviembre de 1990 (confirmando la sentencia condenatoria de unos policías que habían detenido ilegalmente a un presunto delincuente y después no dieron razón de su paradero). En principio, pues, no se trata de penalizar la prolongación más o menos indefinida de una detención o secuestro, para lo que ya existen otras cualificaciones (cfr. *supra*), sino la «desaparición» del detenido, sin dar razón de su paradero ni haberlo dejado en libertad (como ha sucedido hasta la fecha con el empresario aragonés Publio Cordón). Por tanto, si en el juicio se prueba además que el desaparecido fue asesinado habrá el correspondiente concurso de delitos. Naturalmente, la aplicación del art. 166 tiene un límite, si antes de que se celebre el juicio contra un secuestrador en base a este precepto el «desaparecido» aparece, porque, por ejemplo, consigue escapar del lugar donde lo tienen secuestrado otros secuestradores, o la policía consigue dar con él; son hipótesis que dificultan, sin duda, la aplicación de este precepto, pero que, en principio, no deben ser un obstáculo para su previsión expresa, por cuanto, en todo caso, el hecho en sí de la «desaparición» debe ser objeto de especial agravación de la detención ilegal (críticamente, por su posible inconstitucionalidad, por considerarlo un delito de sospecha, LANDROVE DÍAZ, 1999, pp. 185 ss. Sobre «los desaparecidos», especialmente por terrorismo de Estado, véase también LANDROVE DÍAZ, 2001, pp. 251 ss.).

e) Detenciones cometidas por autoridad o funcionario público

Como ya se ha dicho anteriormente, cuando la detención se lleva a cabo en el curso de una detención legal, pero sin cumplir los requisitos formales (plazos y demás garantías constitucionales o legales), el delito se transforma en un delito contra las garantías constitucionales previsto en el art. 530. Pero cabe también que la autoridad o funcionario lleve a cabo una detención directamente ilegal, por razones particulares o no, pero en todo caso con abuso de su cargo, fuera de

los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito; en este caso dice el art. 167 que las penas previstas en los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior y, además, la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. Se trata, por tanto, en el art. 167 de una agravación por razón de la cualidad y del abuso de su función llevado a cabo por el funcionario público, pero el delito es una detención ilegal común igual que cuando la comete un particular. Las diferencias entre la cualificación prevista en el art. 167 y los demás supuestos de detención cometida por autoridad o funcionario público son, sin embargo, bastante sutiles y difíciles de marcar. Pero de un modo general se puede decir que en los delitos previstos en los arts. 529 y ss. se penaliza un ejercicio formalmente incorrecto de la facultad de privar de libertad a un ciudadano, mediando causa por delito; así, por ejemplo, en el art. 530 el no cumplir los plazos máximos de detención, aunque la detención en sí haya sido correcta. Mientras que en el art. 167 se penaliza la detención arbitraria, sin que medie ninguna causa por delito, actuando como un simple particular aunque, eso sí, prevaliéndose de su función o cargo (véase, por ej., STS 29 julio 1998: «caso Marey»).

En el art. 500 se penaliza, en cambio, la detención de un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, fuera de los supuestos o sin los requisitos establecidos por la legislación vigente, es decir, lesionando su inmunidad, imponiendo la mitad superior de «las penas previstas en este Código», que deben ser, en principio, las del art. 167, aunque tampoco cabe excluir que, cuando sea por razón de delito, sea aplicable el art. 530, si se dan los requisitos de este precepto (sobre los conceptos de autoridad y funcionario público cfr. art. 24 e *infra* capítulo XLI. Sobre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual, *infra* capítulo XXXVI).

Si la detención se lleva a cabo por un particular, pero actuando al servicio o colaborando con bandas armadas u organizaciones terroristas, será de preferente aplicación el art. 572,1,3º; si el particular no pertenece a estos grupos, pero actúa con finalidad subversiva, el tipo aplicable es el art. 577.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

CAPÍTULO VII

Delitos contra la integridad moral: Atentados genéricos contra la integridad moral. Violencia habitual en el ámbito de las relaciones familiares y similares. Especial consideración de la tortura

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BARQUÍN SANZ, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid 1992; el mismo, *Malos tratos de obra que constituyen tortura o tratos inhumanos o degradantes. Tratos degradantes consistentes en amenazas o coacciones leves (art. 204 bis, párr. 2.º)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; CASTELLS ARTECHE, *Radiografía de un modelo represivo*, San Sebastián 1982; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; el mismo, *El delito de tortura*, Barcelona 1990; el mismo, *Actualización del Código penal y delito de tortura*, AP 1990; DEL TORO MARZAL, *El nuevo delito de tortura*, en Mir Puig (edit.), La reforma del Derecho Penal, Bellaterra 1980; GARCÍA MORILLO, en De Esteban/ López Guerra, *Régimen Constitucional español*, Barcelona 1980; MAQUEDA ABREU, *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*, ADP 1986; el mismo, *La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: el caso «Rueda»*, La Ley 1988; RIVACOBA Y RIVACOBA, *Crisis y pervivencia de la tortura*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura*, PJ núm. especial I, 1986; SAVATER/ MARTÍNEZ FRESNEDA, *Teoría y presencia de la tortura en España*, Barcelona 1982; TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, Barcelona 1973 (reimp. 1995); TORÍO LÓPEZ, *La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes*, PJ 1986.

Sobre el Código penal de 1995: BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona 2001; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal*, La Ley 1996; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Torturas y atentados contra la integridad moral*, EPC 1998; DÍAZ PITA, M., *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*, EPC 1997; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995*, La Ley 1998; GONZÁLEZ CUSSAC, *Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)*, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura y de otros tratos inhumanos o degradantes cometidos por funcionarios*

públicos, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; el mismo, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia 1998; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, RMF 1997; MONTANO, P., *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal*, AP 1997; MORENTÍN CAMPILLO, *Valoración judicial de la tortura: aspectos médico-legales*, AP 1996; MUÑOZ CONDE, *La protección penal de los derechos fundamentales*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General), EDJ 1996; el mismo, *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia 1999; PÉREZ ALONSO, *Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código penal de 1995*, RFDUG 1999; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada 2000; el mismo, *El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos*, PJ 2001; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996.

Sobre violencia habitual contra personas vinculadas al agresor: ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia 2000; ARIAS EIBE, *La respuesta específica a la violencia doméstica en el art. 153 del Código penal: estudio jurídico-penal*, AP 2001; CAMPOS CRISTÓBAL, *Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar*, RP 2000; CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Barcelona 2000; CUADRADO RUIZ/ REQUEJO CONDE, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar: art. 153 del Código penal*, La Ley 2000; GARCÍA ÁLVAREZ/ DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Problemas fundamentales*, Valencia 1999; GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos del delito de malos tratos*, RP 2000; GONZÁLEZ RUS, *Tratamiento penal de la violencia sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales después de la LO 14/1999, de 9 de junio*, Revista Jurídica de Andalucía 2000; GRACIA MARTÍN, *Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; LAURENZO COPELLO, *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*, Artículo 14, Una perspectiva de género, Boletín de Información y Análisis Jurídico 2003; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Granada 2001; NÚNEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia 2002; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona 2001; VARIOS, *Protección jurídicopenal de la mujer maltratada*, La Coruña 2000; VARIOS, *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid 2002.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

El Título VII del Libro II trata «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». En la regulación contenida en el Título VII podemos distinguir entre tortura en sentido estricto (art. 174: tipo básico y art. 175: tipo atenuado) y los atentados genéricos contra la integridad moral llevados a cabo por particular (art. 173,1). Tras la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el art. 173 contiene ahora también en un nuevo apartado 2º, como delito contra la integridad moral, el ejercicio habitual de violencia física o psíquica en el ámbito familiar o asimilado. Por último, en el art. 176 se consagra una modalidad omisiva y en el 177 una cláusula de concurso. Pero antes de entrar en el análisis de los tipos penales es necesario referirse al problema del bien jurídico en los distintos tipos delictivos y especialmente al concepto de «integridad moral» que figura en la rúbrica como marco de referencia de todos ellos.

Bien jurídico protegido: el concepto de «integridad moral»

A la hora de enfrentarnos con la cuestión del bien jurídico protegido, debemos partir de la distinción entre el concepto de tortura, cometido por funcionario público, y el concepto de atentado grave contra la integridad moral, que puede ser cometido, en atención al tenor literal de los arts. 175 y 173, tanto por un funcionario público como por un particular.

a) El delito de tortura *stricto sensu* del art. 174 (cfr. *infra*) puede ser considerado, tanto por la índole de los sujetos como por la forma en que se describe la acción típica, como un delito contra la Administración pública. En efecto, el contexto correcto en el que hay que situar la tortura es la relación Estado-individuo, particularmente en aquellas situaciones en las que este último se encuentra en una situación de indefensión o de inseguridad frente a los representantes del Estado. Estas situaciones, sin embargo, no deben quedar restringidas (como se hacía en el Código penal anterior) al desarrollo de una investigación judicial o policial, ya que las posibilidades de situaciones de desvalimiento o inferioridad entre individuo y Estado son más amplias. Y así queda puesto de manifiesto en los arts. 174 y 175 del Código penal de 1995, que prescinden de la expresión «en el curso de una investigación», abarcando así un mayor número de supuestos. El criterio rector para interpretar este delito debe ser ahora, por tanto, el abuso de poder por parte del funcionario pero referido a los particulares. Es decir, el ataque a los derechos fundamentales de los ciudadanos en el delito de tortura se configura como un ataque cualificado por la condición funcionarial del sujeto activo que, como tal, tiene el deber precisamente de proteger con más énfasis estos derechos fundamentales. No se trata, pues, de salvaguardar una determinada imagen del Estado de Derecho, respetuoso con los derechos fundamentales, sino de defender con más fuerza esos derechos fundamenta-

les en la medida en que el ataque a los mismos llevado a cabo por representantes de aquél resulta más grave que el que pudiera realizar cualquier otra persona. Esta mayor gravedad se justifica, además, por el hecho de que el individuo se encuentra en una situación de inferioridad respecto del funcionario. Y esta situación no es cualquiera (como por ej., una relación laboral, una relación jerárquica), sino que viene impuesta por la propia cualidad del sujeto activo. Resumiendo, en lo que se refiere al delito de tortura, el bien jurídico protegido sería el ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes en aras de la defensa de los derechos fundamentales de los particulares protegidos por la Constitución. Esta defensa se ve ampliada, además, por la extensión del tipo de tortura a aquellas conductas atentatorias contra derechos fundamentales que pueden perseguir fines distintos a la obtención de una confesión o a la aplicación de un castigo (tortura indagatoria, art. 174), como pueda ser, por ej., la simple causación de humillaciones o un mero ejercicio de sadismo por parte del funcionario (tortura gratuita, art. 175).

b) El problema surge a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido en el art. 173, que encabeza el Título VII, es decir, en los atentados genéricos contra la integridad moral, derecho fundamental al que alude el art. 15 de la Constitución cuando dice que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral».

El Tribunal Constitucional se ha ocupado de delimitar este derecho en varias ocasiones. Así, por ej., en la STC de 29 de enero de 1982 sitúa el límite negativo de la integridad moral en la proscripción de cualquier violencia de carácter intimidatorio que pueda derivarse del también reconocido constitucionalmente derecho a la libertad de pensamiento, en el sentido de que cualquier expresión de esta libertad es lícita siempre y cuando no se manifieste de forma coercitiva, lo cual supondría una lesión del bien jurídico integridad moral. También en la STC de 11 de abril de 1985, en la que se resolvió la constitucionalidad de la ley de despenalización de tres supuestos de aborto, se alude al derecho a la integridad moral de la mujer en el supuesto del *aborto ético* diciendo que en este caso «la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral» (Fundamento Jurídico 11 b), aunque no se dice nada respecto al contenido específico de este derecho. Pero donde más detalles se ofrecen para la interpretación de este concepto es en la STC de 27 de junio de 1990, que resolvió la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la Administración penitenciaria en orden a la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre. En esta sentencia el Tribunal Constitucional da una definición de tortura en consonancia con los instrumentos internacionales ratificados por España, resaltando no sólo el carácter de atentado a la voluntad de un sujeto que tiene la misma, sino añadiendo también el requisito de que esta actuación contraria a la voluntad suponga, al mismo tiempo, una *humillación* al sujeto pasivo (siguiendo con ello el criterio establecido ya por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en diversas sentencias, como la de 25 de febrero de 1982, que exige, precisamente, para calificar la tortura este sentimiento de humillación o envilecimiento que el acto contrario a la voluntad del sujeto pasivo representa). La idea de «humillación y envilecimiento» también se destaca en la STC de 28 de febrero de 1994 como característica del concepto de integridad moral (hacer que un recluso se desnude y haga genuflexiones delante de un funcionario).

La idea que le da autonomía y sirve de base a los delitos que se tipifican en este Título es, por tanto, la integridad moral, entendida como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas. Este bien jurídico autónomo puede ser también un factor de agravación de otros delitos, que ya lo tienen en cuenta entre sus tipos cualificados; pero cuando no es así, los actos que lo lesionan pueden entrar en concurso con otros delitos (véase *infra*: problemas concursales).

Esta interpretación del bien jurídico «integridad moral», propuesta por DÍAZ PITA, pp. 80 s., y seguida en esta obra desde la 11ª ed., es mantenida también por DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1998, p. 115; MUÑOZ SÁNCHEZ, p. 44; y BARQUÍN SANZ, 2001, p. 58; aunque, dadas las dificultades de delimitación, todos estos autores añaden diversos matices. RODRÍGUEZ MESA, Granada 2000, p. 174, en cambio, en lo que se refiere a estos delitos cometidos por funcionarios públicos, hace recaer el acento en la inviolabilidad de la conciencia y el respeto a la condición de la persona, aunque admite que estos hechos tienen también carácter humillante.

ATENTADOS GENÉRICOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

Art. 173,1: «El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

En el art. 173,1 se regula el atentado contra la integridad moral. En lo que se refiere a la acción, el legislador opta en este caso por la utilización de una cláusula general: «infligiera... un trato degradante», sin especificar en qué consiste o en qué puede consistir dicho trato, al contrario de lo que ocurre en el delito de tortura en el que el legislador, al menos, marca las pautas de lo que ha de entenderse por tal (condiciones o procedimientos que supongan sufrimientos físicos o mentales, o supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión). En el art. 173,1 se requiere, además, que el «trato degradante» suponga un menoscabo «grave» de la integridad moral.

La combinación de ambos conceptos (trato degradante, por un lado, y menoscabo grave, por otro) plantea ya un importante problema interpretativo. En efecto, dentro del abanico de posibilidades de atentados contra la integridad moral, en las Convenciones internacionales se dan tres escalas de gravedad en atención a la intensidad o a la gravedad del procedimiento al que se somete al sujeto pasivo, constituyendo precisamente el trato degradante el escalón más leve dentro de esta gradación (véanse la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y el Convenio Europeo de 26 de noviembre de 1987, e *infra*: especial consideración de la tortura). Sin embargo, todas estas modalidades pueden incluirse en el art. 173. Así, la acción descrita en el art. 173,1 se referirá a aquellas acciones que, vayan o no dirigidas a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sean realizadas de tal forma que den lugar a un sentimiento de vejación o de humillación. Conductas tales como cortar el pelo al cero u obligar a una persona a desnudarse, darle aceite de ricino o «emplumarla» pueden constituir este delito, igual que el hecho de decirle a alguien que un ser querido ha muerto enseñándole una noticia o un documento falsificado, o simular que se le va a matar poniéndole una pistola de fogueo en la sien. Estos hechos podrán incluirse en el art. 173,1, pero cuando constituyan un delito más grave será éste el aplicable, salvo que quepa el concurso entre ambos (véase *infra*: problemas concursales). En la práctica, el art. 173,1 funcionará como un tipo residual para acoger hechos que no son fácilmente subsumibles en otros delitos o que siéndolo (por ej., en el caso de que se consideren coacciones), no son suficientes para valorar el aspecto denigrante o vejatorio que constituye la esencia del atentado a la integridad moral.

El art. 173,1 exige, además, que el atentado a la integridad moral sea grave, es decir, que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo produzca en el sujeto pasivo un sentimiento grande de humillación. El problema se plantea en el momento de determinar qué escala de gravedad se requiere para afirmar que estamos ante una conducta de las previstas en el art. 173,1. Evidentemente, se deberá tener en cuenta la situación personal del sujeto pasivo, su personalidad, edad, etc., para calificar una conducta vejatoria como atentado grave a la integridad moral. Sin embargo, la inclusión del quebranto de la voluntad como presupuesto del delito de atentado contra la integridad moral plantea la cuestión de si conductas como éstas no están suficientemente previstas y penadas en el tipo de coacciones, constituyendo el sentimiento de humillación, que determinaría la diferencia entre ambos delitos, un

plus adicional sobreprotegido y penado en exceso, con lo que de nuevo estamos ante el problema anunciado desde el principio de la difícil autonomía del concepto integridad moral como bien jurídico autónomo a proteger por el Derecho penal y los problemas concursales que ello plantea en relación con otros delitos.

VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES FAMILIARES Y SIMILARES

> Según el art. 173,2: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés de menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, 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».

La principal novedad de la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en esta materia es la reconversión en delito contra la integridad moral del ejercicio habitual de violencia física o psíquica en el ámbito familiar o asimilado. Sin embargo, una vez que se han convertido las lesiones, los golpes y los malos tratos de obra cometidos en este ámbito automáticamente en delito, conforme a lo dispuesto ahora en el art. 153, no parecía necesario ampliar aún más el ámbito de la intervención penal.

Bien jurídico protegido en este delito es, en principio, la integridad moral que, sin embargo y dada la amplitud de este concepto, habrá que referir al ámbito de las relaciones familiares o cuasifamiliares al que es aplicable el precepto.

Fundamental en el delito contenido en el art. 173,2 es, en efecto, el ámbito de los sujetos pasivos, que la reforma amplía (en compara-

ción con la anterior regulación, cuando este delito se contenía en el art. 153, en el ámbito de las lesiones) abarcando incluso, más allá de las relaciones familiares o similares, a personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. En todos estos casos, los malos tratos surgen de una relación especial de dominio que alguno de los miembros del grupo (generalmente el hombre compañero, marido o padre) tiene sobre otros (generalmente, mujer o hijos menores), aunque también cabe que los maltratadores sean otros miembros del grupo o, lo que hace más difícil la aplicación de este precepto, que haya maltrato recíproco. Conforme a la regulación actual, los hechos tienen que darse en todo caso contra las personas mencionadas en el art. 173,2. Está claro, pues, que fuera de este contexto familiar o cuasifamiliar los mismos hechos no constituyen este delito, aunque sí puedan dar lugar a otros. A la relación conyugal se equipara la «análoga relación de afectividad, aun sin convivencia», heterosexual u homosexual, aunque esta relación ya no exista en el momento de los hechos. Con esta redacción se pueden incluir también en el precepto las relaciones de noviazgo, lo que amplía desmesuradamente su ámbito de aplicación. En las relaciones parentales «por naturaleza, adopción o afinidad» se incluyen las propias y las del cónyuge o conviviente. También se mencionan las personas sujetas a tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, aquéllas que se encuentren amparadas «en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar», así como las que «por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados». Esta enorme extensión del círculo de sujetos pasivos puede ser delimitada si se exige que el *sujeto activo* se encuentre respecto a ellos en una situación de dominio o de abuso.

La *conducta típica* consiste, por un lado, en el ejercicio de violencia física, lo que incluye todas aquéllas que producen lesiones o la muerte. Pero también puede consistir, por otro lado, en el ejercicio de violencia psíquica, que, aunque obviamente puede ser tan grave o más que la física (por ejemplo, amenazas de muerte), resulta de más difícil prueba. Cabe tanto la acción como la comisión por omisión (tolerar los malos tratos de un padre a un hijo, dejar en situación de abandono y sin asistencia a alguna de las personas mencionadas en el art. 173,2, etc.).

Pero la característica principal de este delito es la *habitualidad* en el ejercicio de la violencia, definida en el apartado 3º del art. 173, que establece que «para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, 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 comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Con ello se pretenden resolver legislativamente las dificultades interpretativas que plantea el concepto de habitualidad. La interpretación auténtica va más allá de lo que se entiende por habitualidad a otros efectos (cfr., por ej., art. 94) y está más cerca de ser un concepto fáctico que normativo, pues no se requiere ni un número mínimo de actos de violencia ni que dichos actos hayan sido ya enjuiciados en otros procesos. Tampoco se requiere que los actos de violencia hayan recaído siempre sobre la misma persona, pues en el ámbito de convivencia al que se refiere el precepto la violencia puede recaer sobre diferentes personas de las mencionadas. Con la redacción que se da al precepto no creo que sea posible la tesis que mantenía Gracia Martín en Comentarios I (p. 456) en relación con la regulación anterior, según la cual la habitualidad era un «elemento subjetivo del injusto» portador casi de una especie de «tipo de autor» inclinado a la realización de estos actos, pues sin negar que los autores de estos hechos puedan ser efectivamente psicópatas y sujetos violentos aquejados de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, lo cierto es que el delito se construye a partir de la realización de actos objetivables en las condiciones citadas en el precepto, revelen o no esa clase de personalidad.

> En general, la doctrina criticó ya en relación al anterior art. 153 la exigencia de este requisito, tanto por su indeterminación teórica, como por su difícil prueba, y también porque puede lesionar el *ne bis in idem*, si, por ejemplo, se utilizan para determinar la habitualidad lesiones que ya hayan sido juzgadas anteriormente (Cortés Bechiarelli, pp. 77 s.). Sin embargo, la definición legal permite que un acto aislado (por ej., una bofetada) pueda ser ya indicativo de una habitualidad, como reflejo o síntoma de otros actos anteriores de violencia que no han llegado a materializarse corporalmente, pero que entrañan una relación de violencia estructural. Así, por ejemplo, la STS de 7 de julio de 2000 considera probada la habitualidad con «dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado permanente» (críticamente, Cortés Bechiarelli, El Derecho 2000).

El dolo debe abarcar la relación parental o análoga a que se refiere el precepto y la significación como mal trato de los actos realizados.

La invocación de causas de justificación como el derecho de corrección o similares es incompatible con las conductas descritas en el art. 173,2, pues no hay que olvidar que el tipo no se constituye por un hecho aislado (por ej., la bofetada de un padre al hijo), sino por actos de habitualidad que no pueden estar en ningún caso justificados, por no decir nada de relaciones como las conyugales o similares en las que el tal derecho de corrección sería realmente inimaginable. A lo que sí puede dar lugar el delito de malos tratos es a defensas reactivas de las víctimas que no siempre van a poder ser encuadrables en la legítima defensa, bien porque no hay una agresión inminente en ese momento, bien porque predomina más el estado pasional o el trastorno mental como consecuencia de los malos tratos, lo que permite ubicar esa reacción en el ámbito de la inimputabilidad a través del llamado «síndrome de la mujer maltratada».

Por otro lado, en el segundo párrafo del art. 173,2 se contienen una serie de tipos cualificados de este delito, de forma paralela a lo establecido ahora en el art. 153. Así, se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores o utilizando armas, o cuando tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o cuando se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Los mayores problemas interpretativos que plantea el nuevo art. 173,2 provienen de la cláusula concursal prevista en el inciso final de su párrafo 1º («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»). Por un lado, porque la violencia habitual puede coincidir con el supuesto que en las lesiones en general hace que cuatro faltas dentro de un año se conviertan en delito (art. 147,1, párrafo segundo, véase *supra* capítulo IV). La única posibilidad de distinguir estos supuestos de lesiones y el delito contra la integridad moral es exigir para la aplicación de éste último que se dé el menoscabo grave de la integridad moral a que se refiere el art. 173,1. Y, en cualquier caso, si los hechos son subsumibles en los dos preceptos, creo que la aplicación simultánea de ambos conforme a la regla concursal del art. 173,2 infringiría el principio *ne bis in idem*. Por otro lado, es difícil imaginar una conducta subsumible en el art. 173,2 que

no sea al mismo tiempo constitutiva del delito previsto en el art. 153. Esta cláusula concursal, que puede tener cierta lógica cuando se trate del concurso entre el delito previsto en el art. 173,2 y delitos tales como el de lesiones graves o incluso de homicidio o asesinato (a veces resultado final del delito previsto en el art. 173,2), carece de sentido cuando se trate de establecer un concurso entre el art. 173,2 y el delito previsto en el art. 153. Probablemente, la alarma social creada por el aumento o la mayor repercusión mediática de estos hechos ha provocado esta doble regulación de muy difícil aplicación simultánea en un mismo caso. En mi opinión, el delito previsto en el art. 153, cuando se trate de meros malos tratos o de golpes no constitutivos de lesión, perderá su autonomía en los casos de habitualidad, en los que se debe aplicar el art. 173,2, que prevé un régimen punitivo más severo; y lo mismo debe decirse respecto al delito de lesiones que proviene de la comisión de cuatro faltas de esa índole en el plazo de un año (para más detalles sobre este delito véase MUÑOZ SÁNCHEZ, Comentarios II, pp. 83 ss.).

En junio de 2004 el Gobierno ha enviado al Parlamento un Proyecto de Ley sobre violencia contra la mujer que incide en la regulación legal de este problema, elevando a la categoría de delito simples faltas de amenazas o coacciones cuando tengan a la mujer como sujeto pasivo. El Proyecto ha sido objeto de fuertes críticas, que incluso formulan dudas respecto a su constitucionalidad, por lo que parece aconsejable esperar a su regulación definitiva.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA TORTURA

La presencia en casi todas las legislaciones procesales modernas de preceptos dirigidos a evitar los malos tratos de los detenidos, las coacciones y amenazas para que declaren y las torturas infligidas por la autoridad o a su amparo (cfr. por ej. arts. 386 a 389, 391, 396, 406 y 407 LECrim.), no ha conseguido, sin embargo, erradicar plenamente estos graves abusos de poder. El Estado y sus representantes, en su afán por acabar a toda costa con la criminalidad y sobre todo con la criminalidad que amenaza más gravemente su estructura política, no siempre respetan los principios generales que informan la legislación penal ordinaria y constantemente recurren a leyes de excepción, más o menos eufemísticamente llamadas de seguridad ciudadana, que, de hecho y de derecho, suponen la derogación de todo el dispositivo de garantías pensado para la protección del ciudadano, de todos los ciudadanos sin excepción, frente a los abusos de los representantes del poder estatal.

Esta situación paradójica se reflejó también desgraciadamente en nuestro Derecho vigente, en el que la Constitución, cuyo art. 15 reconoce que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, *sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*» y que en otros artículos contiene una serie de declaraciones sobre plazos máximos de detención, no obligación de declarar, asistencia de abogado al detenido, «habeas corpus», presunción de inocencia, etc., se ha visto muchas veces, de hecho, derogada por una legislación excepcional que convierte en letra muerta muchas de estas disposiciones constitucionales.

Ya en relación con la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, y el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, se denunció repetidas veces que durante el tiempo de detención de diez días que permitían esas leyes se habían producido casos de malos tratos de los detenidos al amparo de las mismas (cfr. Amnistía Internacional, Informe de una misión internacional sobre España, 1979, informe de la Asociación pro Derechos humanos, AP 1987). Y ya en vigor la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, se han producido y denunciado casos similares (caso Arregui). Lo mismo sucedió tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, declarada contraria a la Constitución en muchos de sus preceptos por STC de 17 de diciembre de 1987 (cfr. MUÑOZ CONDE, 6ª ed., pp. 600 y 750 ss.). Entretanto, se ratificó la Convención de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura (BOE 9 noviembre 1987).

El problema de la tortura no es, desde luego, ni siquiera primordialmente, un problema de leyes, sino de sensibilidad y de formación de las personas encargadas de aplicar esas leyes. Pero, como la experiencia enseña, las leyes excepcionales derogatorias de derechos fundamentales de la persona son las que generalmente favorecen y facilitan este tipo de hechos. Por eso, todas las garantías y precauciones que rodeen y limiten su aplicación serán pocas, y siempre habrá que tener en cuenta que el carácter excepcional debe reflejarse también en su carácter temporal, como sucede en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre declaración de estados de alarma, excepción y sitio.

En el anterior Código penal el delito de tortura fue introducido por Ley 3/1978, de 17 de julio, constituyendo un solo artículo, el art. 204 bis.

La oportunidad de este precepto fue discutida por algunos que consideraban que no añadía nada nuevo a la legislación vigente, que, en cualquier caso, no abarcaba todos los supuestos de tortura y que estaba mal configurado técnicamente e incluso mal redactado. Otros se preocupaban por su eficacia práctica, alegando que iba a ser un

precepto muerto por la falta de voluntad en aplicarlo. Hubo quien incluso consideró que la existencia de un precepto en nuestro Código penal que tipificase expresamente la tortura era una afrenta al prestigio y al buen nombre de las fuerzas policiales. A pesar de todas estas objeciones el artículo fue aprobado. Y esto creo que fue un paso importante en la lucha contra la tortura en nuestro país. Ciertamente el art. 204 bis no vino a crear nuevos delitos, pero sí, aunque con deficiente técnica, a castigar más gravemente hechos que sin duda están castigados en cualquier Código penal del mundo, pero que merecen un tratamiento más severo cuando son cometidos en las circunstancias previstas en el citado artículo, que son las que generalmente se califican de tortura. Pero es que, además, el art. 204 bis vino a cumplir una buena función pedagógica de la conciencia colectiva, al llamar la atención sobre una actividad que no por ilegal y delictiva había dejado de practicarse.

Con ello se pone, al mismo tiempo, de relieve que la tan cacareada seguridad ciudadana es también un problema de seguridad y de confianza de los ciudadanos en que cualquier abuso o extralimitación de los representantes del poder estatal va a ser sancionado enérgicamente, y que el Derecho penal no es sólo un instrumento de represión de la libertad, sino también, en un Estado democrático, de creación y de garantía de la libertad.

En el Código penal de 1995, como se ha dicho, el delito de tortura se tipifica junto con otros delitos contra la integridad moral en el Título VII, pero sigue conservando su autonomía típica en los arts. 174 y 175, constituyendo el primero el tipo básico y el segundo, un tipo privilegiado.

1. TIPO BÁSICO

Art. 174: «1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres

años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.
2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior».

El art. 174 contempla el delito de tortura en correspondencia con el concepto del mismo contenido en las distintas normas de carácter internacional. La configuración de la tortura en Derecho internacional exige la concurrencia de tres elementos: un elemento material consistente en las propias acciones que constituyen tortura, la cualificación del sujeto activo como representante del poder del Estado y un elemento teleológico que exige una determinada finalidad para configurar autónomamente el delito.

La redacción literal del 174 se ajusta a estas tres exigencias. En lo que se refiere a la acción, el legislador nos indica que comete tortura quien someta a otro a «condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias» supongan al sujeto pasivo «sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión» o cualquier otro procedimiento que atente contra su integridad moral.

En cuanto al segundo de los elementos de la definición internacional de tortura, el tipo del 174 exige, efectivamente, que el sujeto activo sea «autoridad o funcionario público» (apartado 1) o bien «autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores» (apartado 2).

Por último, también concurre el elemento teleológico, al exigirse que el sujeto activo actúe «con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación». Este elemento teleológico no es más que un especial elemento subjetivo del tipo que caracteriza al delito de tortura frente a otros comportamientos de parecida naturaleza pero que no persiguen la obtención de información o la aplicación de un castigo ni se realizan por motivos discriminatorios. Este especial elemento subjetivo, sin cuya concurrencia estaríamos ante el tipo regulado en el art. 175, es el que constituye la esencia de la llamada tortura indagatoria y el que justifica la previsión de una pena de mayor gravedad al expresar no sólo el ataque contra bienes jurídicos fundamentales de carácter individual, sino también el abuso

por parte del sujeto activo de su condición de funcionario, traspasando las fronteras de su legitimación para investigar un determinado hecho o atribuyéndose facultades que le son ajenas, como el poder de aplicar un castigo por un hecho cometido o que se sospeche que el sujeto pasivo ha cometido.

Desaparece, en el Código penal de 1995, toda referencia al «curso de la investigación judicial o policial» (art. 204 bis del anterior Código penal), con lo cual el ámbito de aplicación de este tipo se amplía en el sentido de que ya no sólo se reputarán como torturas las acciones desarrolladas en este estrecho margen sino que se referirán al concepto más amplio de «situación de dependencia de hecho entre funcionario y sujeto pasivo», en el sentido de que este último está en poder o a merced del funcionario, normalmente aislado y sin intermediario.

En función de la gravedad de las condiciones o procedimientos a los que el funcionario someta al sujeto pasivo, la pena será, a su vez, de mayor o menor gravedad. Para la determinación de la gravedad de estos atentados podemos acudir a la gradación que se maneja en Derecho internacional. En función de la intensidad de los procedimientos utilizados se distingue entre tratos degradantes, como escala más baja de la pirámide, tratos inhumanos, como paso siguiente y tortura como pináculo de la misma. El legislador del 95 sólo asigna dos penas de distinta gravedad en función de la intensidad del ataque, con lo cual podemos incluir los tratos degradantes y los tratos inhumanos en la categoría de atentados menos graves (pena de prisión de uno a tres años), dejando la tortura como atentado más grave (pena de prisión de dos a seis años), siempre y cuando estas conductas vayan dirigidas a los fines contemplados en el art. 174,1.

Esta graduación, si bien puede servir de referencia para distinguir entre tortura grave y tortura menos grave, incluyendo en este segundo tipo lo que en Derecho internacional se conoce como tratos inhumanos y tratos degradantes, no especifica qué acciones o cuál es la gravedad que se exige para calificar un comportamiento como tortura o como trato inhumano o degradante. La expresión escogida por el legislador, que se corresponde con la dicción literal del art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de 1984, «sufrimientos físicos o mentales», viene a complicar aún más la correcta interpretación de lo que debemos entender por tortura, teniendo en cuenta además que organismos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos o la Comisión Europea de Derechos Humanos, califican de distinta manera diversas acciones, considerándolas unas

veces graves y, por tanto, constitutivas de tortura y otras veces menos graves, incluyéndolas en el concepto de tratos inhumanos o degradantes. La tripartición de estas conductas se basa, por tanto, en el concepto de gravedad de estos tratos, sin que ningún organismo ni ningún instrumento de Derecho internacional especifique qué se entiende por grave y qué no. Así, por ejemplo, encontramos que conductas como la amenaza de cortar las manos con una sierra eléctrica a un pianista mereció por parte del Comité de Derechos Humanos la calificación de tortura (es decir, conducta más grave), mientras que sólo se consideró como «grave maltrato» el hecho de mantener a un detenido durante más de cien días incomunicado, con los ojos vendados y las manos atadas, lo que le produjo parálisis en un brazo, herida en una pierna e infección en los ojos.

De la misma manera, el art. 175 hace bascular la diferencia de la conminación penal en el concepto de gravedad, con lo cual deberá ser el Juez el que determine, en el caso concreto, cuándo estamos ante una tortura grave y cuándo no. Si en lo que se refiere a la causación de sufrimientos físicos la determinación de la gravedad de los hechos puede resultar más fácil, en atención al resultado causado, el verdadero problema surgirá a la hora de determinar la gravedad de un comportamiento que produzca sufrimientos mentales al sujeto pasivo, pues aquí se corre el riesgo de subjetivizar en exceso el concepto de gravedad en atención a la mayor o menor sensibilidad del sujeto sometido a estos tratos.

2. TIPO PRIVILEGIADO

> Art. 175: «La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años».

En el art. 175 se incluyen todos los actos que, aunque presentan algunas de las características de la conducta prevista en el art. 174, no son subsumibles en él, como, por ejemplo, la llamada «tortura gratuita», es decir, aquellos tratos degradantes llevados a cabo también por funcionario público pero en los que falta el especial elemento subjetivo de la obtención de una información o la aplicación de un castigo, o el motivo discriminatorio. La finalidad perseguida en estos casos podría ser exclusivamente la causación por parte del funcionario de sufrimientos por el mero hecho de humillar al sujeto pasivo o la realización de actos de sadismo sin objetivo alguno.

En lo que se refiere a la acción, el legislador utiliza unos términos aún más difusos y vagos si cabe que los utilizados en el artículo anterior. Así, la acción constitutiva de este delito coincide con el «atentado contra la integridad moral» del art. 173, antes estudiado.

El sujeto activo debe ser funcionario y actuar abusando de su cargo, siempre y cuando no persiga la obtención de una información o la aplicación de un castigo ni actúe por razones basadas en la discriminación, en cuyo caso estaríamos ante el supuesto de la tortura indagatoria del art. 174. La ausencia de este especial elemento subjetivo constituye, así, la fundamentación de la atenuación de la pena asignada a estas conductas. De la misma manera que en el supuesto anterior, el legislador distingue entre atentados graves y atentados menos graves, asignando a los primeros una pena de prisión de dos a cuatro años y a los segundos una pena de prisión de seis meses a dos años, siendo común a ambas modalidades la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público con una duración de dos a cuatro años.

Si el hecho no llega a ser un atentado contra la integridad moral, pero sí constituye la imposición de una sanción o privación indebida o el uso de un rigor innecesario, podrá ser aplicable, en su caso, el art. 533.

La modalidad omisiva común a todos los delitos contra la integridad moral

> Art. 176: «Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».

En el art. 176 se contempla una modalidad omisiva, castigando también aquellos casos en los que el funcionario permite, faltando a los deberes de su cargo, que sea otro (funcionario o no) el que lleve a cabo las conductas previstas en los artículos precedentes, es decir, tanto la tortura, indagatoria o gratuita, como el atentado contra la integridad moral. Estamos ante un delito de *comisión por omisión*,

basado en que conste la posibilidad de que el funcionario con su intervención hubiera podido evitar el atentado a la integridad moral y en el especial deber que compete a determinadas autoridades o funcionarios de proteger con más intensidad los derechos fundamentales del ciudadano. La tipicidad de la comisión por omisión igualmente podría fundamentarse a través del art. 11, pero el legislador ha querido regularla expresamente para evitar cualquier duda al respecto.

Problemas concursales

> Art. 177: «Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley».

Este precepto viene a afirmar la autonomía del bien jurídico «integridad moral», por cuanto admite expresamente el concurso entre el delito que pueda lesionarlo y otros delitos que pueden afectar a otros bienes jurídicos, como la vida, la integridad física o la libertad sexual, y que pueden darse al mismo tiempo, con la misma o diversas acciones, que el delito contra la integridad moral. Sin embargo, la previsión contenida en el art. 177 es hasta cierto punto superflua, no ya porque una vez afirmada la autonomía del bien jurídico integridad moral no es necesario decir que hay un concurso de delitos cuando el delito contra la misma sea también constitutivo de otros delitos contra otros bienes jurídicos, sino porque esta lesión de la integridad moral forma parte ya de las cualificaciones existentes en esos otros delitos y es obvio que en estos casos, una vez apreciada la cualificación, no cabe apreciar ya autónomamente el delito contra la integridad moral del art. 173,1 (*ne bis in idem*). Así sucede, por ejemplo, en los delitos contra la vida y contra la salud y la integridad física, en los que el ensañamiento, que generalmente incluye un atentado a la integridad moral, constituye un elemento cualificador del asesinato (cfr. art. 139,3ª), o de las lesiones (art. 148,2º). Pero también en las agresiones sexuales, cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180,1,1ª). No obstante, en algún caso en el que el atentado a la integridad moral no sea incluible en una de esas cualificaciones, recobrará su autonomía y podrá castigarse conforme a las reglas del concurso a que dé lugar con otros delitos de los mencionados en el art. 177.

> Cuando el delito contra la vida, la integridad física y la salud o la libertad sexual fuere cometido por autoridad o funcionario con las circunstancias del art. 174, se aplicará al respectivo delito o tipo cualificado contra la vida, integridad física o libertad sexual la agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22,7ª), salvo que resulte mayor pena apreciando un concurso entre el art. 174 y el delito que corresponda, que no podrá ser ya el que contenga el ensañamiento o trato degradante.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

CAPÍTULO VIII

El bien jurídico protegido en el Título VIII. Agresiones sexuales. Abusos sexuales. Acoso sexual

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995*: ALONSO DE ESCAMILLA, *El delito de violación: La conducta típica*, ADP 1989; ALONSO GARCÍA, *El error sobre la edad de 12 años en la violación del menor*, RDPC 1994; BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro*, CPC 1977; el mismo, *La reforma de los delitos de estupro*, CPC 1978; el mismo, *El delito de estupro fraudulento*, Madrid 1979; el mismo, *Del estupro*, en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1982; CASAS NOMBELA, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en la PANCP*, RFDUC monográfico 6, 1983; COBO DEL ROSAL, *Del delito de rapto*, en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; CUGAT, M., *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal supremo en el delito de violación*, JD 1993; CHOCLÁN MONTALVO, *¿Es el delito de violación un delito de propia mano? A propósito de la STS de 2 de noviembre de 1994*, AP 1996; DE VEGA RUIZ, *Los delitos contra la libertad sexual en la LO 3/89, de 21 de junio*, La Ley 1990 (también en PJ núm. especial XII, 1990); el mismo, *El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid 1991; el mismo, *La violación en la doctrina y en la jurisprudencia*, Madrid 1994; DE VICENTE REMESAL, *Violación-estupro: error sobre la edad de doce años*, CPC 1986; el mismo, *Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial*, PJ 1987; DEL MORAL GARCÍA/ ESCOBAR JIMÉNEZ, *La violación: ¿delito público o semipúblico? (Sobre la conveniencia de configurar la violación como delito perseguible de oficio)*, AP 1993; DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona 1981; el mismo, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona 1985; el mismo, *Las últimas reformas en el Derecho penal sexual*, EPC 1989/1990; FARRÉ TREPAT, *Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso*, ADP 1986; FERNÁNDEZ ALBOR, *Delincuencia sexual, reforma penal y despenalización: una retractatio*, EPC 1981/1982; FERRER SAMA, *La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo*, ADP 1949; GARCÍA GARCÍA, *Los delitos de violación y estupro en el Proyecto de Código penal*, PJ 1992; GARRIDO MARTÍN, *La psicología de las sentencias judiciales en materia de delitos sexuales*, PJ 1955; GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español*, ADP 1969; el mismo,

La mujer y el Código penal, en Estudios de Derecho Penal, 2ª ed., Madrid 1981; GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, Granada 1982; GUBERN SALISACHS, *La ruptura de promesas matrimoniales y la seducción de la mujer ante el derecho y la ley*, Barcelona 1947; GUINARTE CABADA, *Relación concursal entre os delictos de rapto e violacion*, Revista Xurídica Galega 1992; HAVA GARCÍA, *Últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre acoso sexual*, Revista de Derecho Social 5; HERRERA MORENO, *Recientes posiciones jurisprudenciales sobre los delitos sexuales*, CPC 1994; el mismo, *El niño ante la agresión doméstica: malos tratos y abuso sexual*, CPC 1994; JIMÉNEZ ASENJO, *La reforma del delito de estupro*, RGLJ 1944; LANDROVE DÍAZ, *Disposición general aplicable a los delitos contra la honestidad*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; LORCA MARTÍNEZ, *El mal con el que se conmina en la violación a la hija menor de edad. Comentarios a las Ss.T.S. de 27-1-1990 y 3-11-1992*, AP 1995; LUNA/ MARTÍNEZ/ OSUNA/ LACHICA, *Análisis de variables circunstanciales y personales en delitos contra la libertad sexual*, CPC 1987; LUZÓN PEÑA, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, La Ley 1986; MARCHENA GÓMEZ, *Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (LO 3/89)*, La Ley 1990; MENDOZA DURÁN, *El delito de violación*, Barcelona 1963; MONER MUÑOZ, *El delito de robo con violación*, en Delitos contra la propiedad, CDJ 1995; MORILLAS CUEVA, *El delito de estupro-incesto*, ADP 1977; MUÑOZ CONDE, *Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)*, EPC 1988/1989; el mismo, en Muñoz Conde/ Berdugo Gómez de la Torre/ García Arán, *La reforma penal de 1989*, Madrid 1989; ORDEIG ORERO, *Violación con fuerza o intimidación, ¿modalidad imprudente? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1993)*, PJ 1994; ORTS BERENGUER, *El delito de violación*, Valencia 1981; el mismo, *Algunos aspectos de los delitos de abusos deshonestos*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; el mismo, *El delito de violación (art. 429)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *Agresiones sexuales vinculadas al delito de violación (art. 430)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *Agresiones sexuales vinculadas al estupro (art. 436)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia 1995; PEDREGAL SANMARTINO, *Algunas notas sobre el estupro doméstico*, RGD 1946; PELLISE, *Abusos deshonestos*, NEJ II, 1950; PÉREZ VALLAND, *La actual tipificación de los delitos de estupro y rapto y su entorno social*, BIMJ 1979; POLAINO NAVARRETE, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla 1975; PORTERO LAZCANO, *Lesiones, malos tratos y violación*, en Medicina legal, CDJ 1993; PRIETO RODRÍGUEZ, *La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones sexuales*, AP 1991; QUINTANO, *Estupro*, NEJ IX, 1958; RODRÍGUEZ RAMOS, *¿Existe una falta de abusos deshonestos?*, en Temas de Derecho penal, Madrid 1977; el mismo, *Criterios cronológicos y psicológicos respecto a la edad de la estuprada*, CPC 1977; el mismo, *Consumación y prescripción del estupro-engaño*, en Temas de Derecho penal, Madrid 1977; ROMERO SIRVENT, *Delitos contra la libertad sexual*, en Comentarios a la legislación penal XIII,

Madrid 1991; RUIZ MARTÍNEZ, *Delitos contra la libertad sexual*, PJ núm. especial XII, 1990; RUIZ VADILLO, *Responsabilidad civil y declaración de la filiación en los delitos contra la honestidad*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; el mismo, *Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989, desde los aspectos sustantivos y procesales conforme especialmente a la doctrina jurisprudencial de la Sala segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo (I y II)*, AP 1990; el mismo, *Los delitos contra la libertad sexual en la LO 3/1989, de 21 de junio*, La Ley 1990; SAINZ CANTERO, *La reforma del Derecho penal sexual*, ADP 1978 (también en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982); el mismo, *El perdón del representante legal y guardador de hecho en la ley 46/1978 de 7 de octubre por la que se modifican los delitos de estupro y rapto*, ADP 1978; SÁNCHEZ TOMÁS, *Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: la problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro)*, ADP 1993; SANZ MORÁN, *Sobre la reforma del delito de rapto*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; SEQUEROS SAZATORNIL, *Delito de violación. Necesidad de dar cobertura a supuestos especiales*, AP 1994; SILVA NICOLÁS, *Consideraciones sobre la reforma de los delitos de estupro y rapto*, CPC 1979; SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona 1995; SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 16 de enero de 1991. El caso del «alfiler»)*, La Ley 1992; TORROBA GONZÁLEZ, *Comportamiento incestuoso e incriminación penal*, CPC 1986; VALENCIA, J. E., *El delito de acceso carnal violento*, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989; VARIOS, *Mujer y Derecho penal*, Valencia 1995; VILLAMERIEL PRESENCIO, *Ayudas, asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, la Ley 35/1995, de 1 de diciembre*, BIMJ 1996; ZUGALDÍA ESPINAR, *Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto*, ADP 1978; el mismo, *Los delitos de rapto en el Código penal español*, Granada 1987.

Sobre el Código penal de 1995: ALCACER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Barcelona 2004; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *El llamado delito de violación en el nuevo Código penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996*, en Delitos contra la libertad sexual, CDJ 1997; BAÍN/ SANDERS, *A plena luz. Abusos sexuales en la infancia*, Salamanca 1996; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual*, La Ley 1996; CARMONA SALGADO, *Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; CUERDA ARNAU, *Delitos contra la libertad sexual*, en Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995, Las Palmas 1997; el mismo, *Los delitos de agresión y abuso sexual incestuoso: su delimitación en supuestos difíciles*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana 2004; DÍEZ RIPOLLÉS, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores, Exigencias de la Unión y legislación Europea*, RP 1998; el mismo, *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, RDPC 2000; DURÁN SECO, *Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación en TSJ y AP*, Revista

Quincenal, Aranzadi Editorial 1998; FLORES PÉREZ, *La víctima en los delitos contra la libertad sexual*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de violación: algunas cuestiones. El Código penal de 23 de noviembre de 1995*, RDPC 1995; GÓMEZ RIVERO, *El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto*, Actualidad Aranzadi 2001; GONEAGA OLAIZOLA, *Delitos contra la libertad sexual*, Eguzkilore núm. extraordinario 10, 1997; GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995*, CPC 1996; el mismo, *Los delitos de agresiones y abusos sexuales*, Derecho y opinión 1996; LAMARCA PÉREZ, *La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal*, JD 1996; LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración*, en Delitos contra la libertad sexual, CDJ 1997; LÓPEZ CABALLERO, *Los delitos contra la libertad sexual en el nuevo Código penal*, RMF 1997; LUZÓN CUESTA, *Delitos contra la libertad sexual*, RMF 1997; MAQUEDA ABREU, *La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; MATALLÍN EVANGELIO, *El nuevo delito de acoso sexual*, Valencia 2000; MONER MUÑOZ, *Perfiles más significativos del delito de violación. La consumación y el problema de la continuidad delictiva*, RGD 1996; MONTALBÁN HUERTAS, *Delitos contra la libertad sexual*, JD 1998; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995*, AP 1996; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de acoso sexual*, AJ 1998; el mismo, *El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral*, en Corcoy Bidasolo (dir.), Derecho penal de la empresa, Navarra 2002; OLMEDO CARDENETE, *Matrimonio y libertad sexual. (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de enero de 1997)*, La Ley 1998; ORAÁ GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas*, La Ley 1996; ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia 2001; PÉREZ CONCHILLO/ BORRÁS, *Sexo a la fuerza*, Madrid 1996; PÉREZ PARENTE, *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: algunos aspectos polémicos*, La Ley 2000; RAMÓN RIBAS, *El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales*, RDPP 2003; SAN MARTÍN LARRINOA, *La violación en el matrimonio*, CPC 1997; SÁNCHEZ TOMÁS, *Los abusos sexuales en el Código penal de 1995: en especial sobre un menor de doce años y abusando de trastorno mental*, CPC 1997; SÁNCHEZ TORRES/ LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia 2000; SENA ARGÜELLES, *La tutela penal de la indemnidad sexual del menor*, RMF 2000; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *El delito de acoso sexual*, PJ 1997; VARIOS, *Delitos contra la libertad sexual*, CDJ 1997; VARIOS, *Análisis del Código penal desde la perspectiva del género*, Vitoria 1998; VARIOS, *Delitos contra la libertad sexual*, Díez Ripollés (dir.), Madrid 2000.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII

Ya en la reforma de 1989 se sustituyó la tradicional expresión «Delitos contra la honestidad» en la rúbrica del Título IX del anterior Código penal, que regulaba los delitos sexuales, por la de «Delitos contra la libertad sexual», lo que, como decía la Exposición de Motivos de dicha reforma, se hacía por «respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión "honestidad" por "libertad sexual", *ya que éste es el auténtico bien jurídico protegido*». Esta decidida toma de posición en relación con uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de proteger con la técnica siempre tosca del Derecho penal se mantuvo como rúbrica del Título VIII del Código penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que la sustituyó por la de «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». Evidentemente, con ello el legislador de 1999 quiso poner de relieve que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en todos los delitos regulados en este Título, algo que ya había destacado en un comentario específico a la reforma de 1989 (véase MUÑOZ CONDE, 1989, pp. 19 ss.) y en anteriores ediciones de esta obra (a partir de la 8ª ed., p. 381; cfr. también la 11ª ed., pp. 175 ss.); pero, al mismo tiempo, pretendió con la referencia a la «indemnidad sexual» justificar la ampliación o creación de algunos tipos delictivos que no se ajustan exactamente a ninguno de estos bienes jurídicos y que, por tanto, hacen bastante cuestionable su existencia. Por eso, antes de entrar en el análisis de los distintos tipos delictivos conviene hacer algunas consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el Título VIII, analizando separadamente los conceptos de libertad e indemnidad sexuales (*infra* A y B), junto con otros posibles bienes jurídicos no mencionados directamente en la rúbrica del Título VIII, pero que, indirectamente, configuran también la nueva regulación hasta el punto de convertirse en el verdadero factor aglutinante de la reforma de 1999 y de la nueva regulación de este Título (véase *infra* C).

A) Nadie duda, desde luego, de que la libertad es uno de los bienes jurídicos preeminentes, el más importante después de la vida y la salud y, probablemente, el más expuesto a ser atacado en la vida cotidiana. Como ya hemos visto anteriormente, en el Código penal se dedica todo el Título VI a regular los delitos contra la libertad y en la Constitución se garantiza, junto con la seguridad, en el artículo 17. La libertad es, además, un bien jurídico que frecuentemente es atacado

como medio para atentar contra otros bienes jurídicos, configurándose con su lesión delitos como el de robo con intimidación (arts. 237 y 242), extorsión (art. 243), usurpación (art. 245), ejercicio arbitrario del propio derecho (art. 455), el tipo cualificado del allanamiento de morada (art. 202,2), atentado (art. 550), etc. Generalmente en estos casos, junto al bien jurídico libertad, se lesionan otros bienes jurídicos y el ataque a la libertad es sólo un medio comisivo que se valora dentro de otro delito, configurando un delito complejo y perdiendo su autonomía típica, aunque no su independencia sustancial como bien jurídico necesitado y capaz de recibir la protección que le brinda el Derecho penal. La prueba de ello es que si, por las razones que sean, el ataque del otro bien jurídico (propiedad, dignidad funcionarial, intimidad de la morada) no llega a materializarse o, de algún modo, no es específicamente castigado, siempre cabe la posibilidad de castigar autónomamente el ataque a la libertad como delito contra la misma.

Dentro de la libertad en general, la «libertad sexual», entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede a la libertad. La libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía y, aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son también ataques a la libertad que igualmente podrían ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias. Así, por ejemplo, las agresiones sexuales del Capítulo I constituyen en sí mismas ataques violentos o intimidatorios a la libertad, pero su incidencia en la libertad sexual las dota de autonomía delictiva y las distingue de las coacciones y amenazas. También en el acoso sexual del Capítulo III y en la coacción al ejercicio de la prostitución del art. 188,1 es el ataque violento o intimidatorio a la libertad sexual el contenido esencial de estos delitos.

B) Pero en el Título VIII hay también otros delitos que no se pueden explicar como delitos contra la libertad sexual. Sucede esto sobre todo con los delitos sexuales que recaen sobre menores o incapaces (abusos sexuales, delitos de exhibicionismo «obsceno» y difusión de pornografía entre menores o incapaces, y los relativos a la prostitución y corrupción de menores o incapaces). El problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la «libertad sexual» como bien jurídico específicamente

protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej., menor de trece años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Actualmente, en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la «intangibilidad» o «indemnidad» que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales. Por supuesto, en esta materia existen muchos «tabúes» y no siempre son fáciles de explicar las razones de esta «intangibilidad» o «indemnidad». Con el criterio de la «libertad sexual», a lo más que podría llegarse es a prohibir el ejercicio de violencia o intimidación con estas personas con el fin de realizar actos sexuales; pero si se quiere prohibir algo más o incluso la sexualidad como tal con dichas personas, aun sin ser contraria a la voluntad del afectado, entonces hay que utilizar otros criterios que están más allá de lo que se entiende por «libertad sexual». Esto es, en definitiva, lo que ha venido a reconocer la nueva rúbrica del Título VIII, al incluir la referencia a la «indemnidad sexual» en pie de igualdad con la «libertad sexual». De todas formas, para comprender mejor el alcance de dicho término se debe distinguir según se trate de la indemnidad sexual de los menores o de la indemnidad sexual de incapaces y deficientes mentales.

a) En el caso de los *menores*, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro. Cierto es que no está comprobado científicamente que ello sea así e incluso, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, se dice precisamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras; pero actualmente se extiende cada vez más una tendencia a prohibir y sancionar penalmente cualquier relación de carácter sexual con menores, a los que prácticamente hasta la mayoría de edad (o incluso, para algunos, hasta el matrimonio) se pretende apartar del ejercicio de la sexualidad como algo pecaminoso o que puede pervertirlos. Actualmente, la sexualidad con menores está oficialmente proscrita y es considerada como una «grave abe-

rración sexual» (y, como tal, así descrita en los manuales de Psiquiatría como patologías mentales con los nombres de «pederastia», «paidofilia», etc.), y es castigada con dureza en la mayoría de los Códigos penales de todo el mundo. Sin embargo, la dificultad de delimitar el momento a partir del cual se debe permitir el ejercicio de la sexualidad con otras personas y en qué condiciones, y los distintos niveles en que se produce la iniciación a la misma, obligan al legislador a adoptar soluciones realistas de acuerdo con el nivel cultural y la sensibilidad social de cada época y a no dejarse llevar por consideraciones puramente moralistas, no siempre apoyadas en datos científicos ni compartidas por la mayoría de los ciudadanos.

En los países de nuestra área de cultura (a la Resolución 1099 (1996) de 25 de septiembre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y al Consejo de la Unión Europea alude la Exposición de Motivos de la reforma de 30 de abril de 1999) se castiga de modo absoluto el ejercicio de la sexualidad con los llamados «niños», es decir, con los menores de hasta doce o catorce años de edad, sin mayores exigencias de requisito adicional alguno; mientras que con los menores que hayan cumplido esa edad y hasta los dieciséis o dieciocho años la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales, como el «engaño» o el aprovechamiento de una situación de prevalencia o superioridad del autor del hecho sobre el menor.

Con esta idea coincide, en líneas generales, la regulación del Código penal español, al configurar como abuso sexual, en todo caso, la relación carnal con menor de trece años (de doce antes de la reforma de 1999; art. 181,2) o, si mediare engaño, el abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis (art. 183). Igualmente pueden justificarse por la especial protección del menor los delitos de exhibicionismo obsceno y de exhibición de material pornográfico ante menores (arts. 185 y 186), y los de favorecimiento de la prostitución de menores (art. 187). Más allá de estos delitos parece que no debe extenderse la protección penal de la indemnidad sexual de los menores. Sin embargo, en la rúbrica del Capítulo V se alude también a la corrupción de menores y luego se tipifica y se castiga en el art. 189,4, con pena de prisión de seis meses a un año, el hecho de hacer participar a un menor o incapaz «en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste». Se hace difícil imaginar un comportamiento de naturaleza sexual que no sea ya constitutivo de una agresión sexual, de un abuso sexual, de un exhibicionismo o acto de provocación sexual, de un favorecimiento de la prostitución o de una utilización de menores para espectáculos pornográficos, castigados en otros preceptos del Código penal. El art. 189,4 se convierte así en un tipo residual indeterminado susceptible de extenderse a comportamientos no determinables *a priori*, ni claramente merecedores de pena. Tampoco ayuda mucho a determinar el ámbito de prohibición del delito el término «corrupción» utilizado en la rúbrica del Capítulo V. La «indemnidad» del menor o incapaz se utiliza como pretexto para castigar todo lo que pueda perjudicar «la evolución o desarrollo de la personalidad» de menores e incapaces, dejando en la más absoluta indeterminación el ámbito de prohibición del precepto y permitiendo, por tanto, la más absoluta arbitrariedad del juzgador a la hora de determinar qué conductas caen dentro del ámbito del art. 189,4.

b) La idea de «indemnidad sexual» fundamenta también la prohibición del ejercicio de la sexualidad con incapaces. El concepto de incapaz que se utiliza en estos delitos debe ser interpretado conforme a lo que dispone el art. 25, es decir, como toda persona que, haya sido o no declarada su incapacitación, «padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma».

Una importante diferencia con respecto a los menores se da en cuanto que aquí no hay unos límites rígidos marcados por la edad, sino unas situaciones graduables, diferentes en cada caso y persona, que permiten una cierta matización. Desde luego, si la libertad sexual se caracteriza por la existencia de una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva necesaria para consentir en él, esta libertad puede existir en mayor o menor grado y ser objeto de discusión y prueba en un proceso penal por estos delitos. Precisamente lo que se discute en estos casos es si el sujeto pasivo tenía capacidad para decidir libremente su comportamiento sexual. Si esta libertad es inexistente o está completamente anulada, probablemente se afirmará la existencia del delito sexual en cuestión. Pero ello no quiere decir que sea la «libertad sexual» del enajenado mental o del privado de sentido el bien jurídico protegido, sino su falta de libertad sexual, es decir, la consideración que merece la persona que no está en condiciones de decidir libremente sobre su sexualidad con terceros. Y de nuevo surge aquí la idea de «intangibilidad» o «indemnidad» como criterio que da sentido a la prohibición penal en estos casos. Pero tal idea no es en este supuesto tan rígida como en el caso de los menores y admite muchas más gradaciones que en aquéllos. Por lo pronto, no da lugar a presunciones *iuris et de iure* que, como en el caso del menor, no admiten prueba en contrario, sino a una presunción *iuris tantum* que, lógicamente, admite que se demuestre lo contrario: la existencia de libertad y, con ella, la de la capacidad para consentir válidamente por lo menos en el ámbito de la sexualidad. La adición del requisito «abusando de su trastorno mental» demuestra que es necesario algo más que el simple hecho de que la persona se encuentre objetivamente en esta situación: el autor debe aprovecharse, «abusar» de esa circunstancia, limitando aún más la escasa «libertad sexual» de la víctima. Por las razones ya señaladas *supra* B.a, no parece aquí tampoco muy justificada, por tanto, la introducción del término «corrupción» en la rúbrica del Capítulo V y el delito previsto en el art. 189,4, sin más exigencias que una referencia al posible perjuicio a «la evolución o desarrollo de la personalidad» del incapaz como consecuencia de hacerlo participar «en un comportamiento de naturaleza sexual», que obviamente tiene que ser uno no previsto en alguno de los otros delitos que protegen más específicamente la indemnidad sexual del incapaz. Todo ello demuestra que, consciente o inconscientemente, se están utilizando, como veremos a continuación, otros conceptos y justificaciones para ampliar el ámbito de los delitos sexuales.

C) Como éste y otros ejemplos similares demuestran, las ideas de «libertad e indemnidad sexuales» no son los únicos conceptos que explican los delitos contenidos en el Título VIII. Ya en los delitos de *exhibición obscena* y difusión de *material pornográfico* del Capítulo IV y en los relativos a la *prostitución* del Capítulo V, existen otras

connotaciones que no son reconducibles ni a la libertad ni a la indemnidad sexual y que, sin embargo, son las que fundamentan su castigo. Tampoco la cualificación por razón de parentesco en las agresiones sexuales (art. 180,1,4ª) y en los abusos sexuales (art. 182,2) puede explicarse solamente por razones basadas en la libertad o indemnidad sexuales. E igualmente es difícil delimitar el concepto de «atentado contra la libertad sexual», básico para interpretar los delitos de agresión sexual (art. 178) y de abuso sexual (art. 181), sin referencias a determinadas pautas valorativas o culturales que trascienden al propio concepto de libertad sexual. No obstante, aceptamos como punto de partida los conceptos utilizados por el legislador como bienes jurídicos comunes a todos los delitos comprendidos en el Título VIII, sin perjuicio de que después, al analizar los distintos tipos delictivos, hagamos las correspondientes precisiones en torno al bien jurídico protegido concretamente en cada uno de ellos.

En mi opinión, tanto la libertad como la indemnidad sexuales, a las que alude la rúbrica del Título VIII, deben ser entendidas como bienes jurídicos autónomos en los delitos sexuales, pero para su exacta delimitación deben situarse en un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas en sus relaciones con otras personas. A ese contexto valorativo se le podría llamar también «moral sexual», entendiéndola como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas. Esto no significa que sea la «moral sexual» el bien jurídico protegido en esta materia. Es más, cualquier intento de convertir la «moral sexual» como tal, sin identificar los concretos bienes jurídicos que pueden ser específicamente cuestionados en los respectivos tipos delictivos, en un bien jurídico protegido autónomo conlleva el peligro de convertir el Derecho penal en esta materia en un instrumento ideológico más propio de la Inquisición que de un moderno Estado pluralista y democrático. Pero, lógicamente, a la hora de interpretar los concretos tipos penales y los conceptos utilizados en su configuración habrá que tener en cuenta este componente normativo-cultural situándolo en el contexto de un Estado de Derecho democrático y, por tanto, pluralista. Se hace, por eso, difícil resolver *a priori*, sin una declaración expresa del legislador, si, por ejemplo, en el tipo cualificado de violación en las agresiones sexuales se incluyen también conductas como el acceso carnal entre mujeres o la introducción de dedos en vía vaginal o anal (véase *infra*). En realidad, los prejuicios culturales o morales no sólo influyen en el legislador a la hora de configurar los tipos penales, sino también en el intérprete y en el que tiene que aplicar la ley en los casos en los que el legislador no ha resuelto expresamente el problema.

En contra de esta opinión, expresamente, DÍEZ RIPOLLÉS, quien, en sus diversos trabajos sobre el tema, insiste en una visión unilateral del bien jurídico protegido en este Título, que refiere sólo a la libertad sexual, y en base al cual quiere resolver todos los problemas interpretativos que se plantean en esta materia; véase, por ejemplo, RDPC 2000, pp. 69 ss., y, en relación con la postura que he venido manteniendo a lo largo de las diferente ediciones de esta obra desde 1976 al 2001, p. 73, notas 19 y 25. Esta crítica ignora que mi opinión, independientemente de mis convicciones personales, vino y viene condicionada por una regulación legal determinada en la que, por ejemplo, hasta 1978 se castigaba el estupro de la mujer menor de veintitrés años mediante engaño, o el rapto de mujer menor de veintitrés años con su consentimiento, o el adulterio y el amancebamiento; o hasta 1988 el escándalo público con actos contrarios a «la moral y a las buenas costumbres»; y ahora de nuevo la corrupción de menores, entre otras muchas decisiones que reflejan claramente determinados patrones culturales o morales, que no son explicables sólo con referencias a la libertad sexual. ¿Cómo ignorar esta realidad y pretender que el legislador en esta materia se deja llevar sólo por ese criterio? Más matizadamente, cfr. ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, pp. 15 ss., quienes acertadamente hablan de cambio de *orientación* en la actitud del legislador. Igualmente ahora DÍEZ RIPOLLÉS (Comentarios II, p. 243) reconoce que la reintroducción del delito de corrupción de menores y el proxenetismo «impiden que la libertad sexual se configure como el exclusivo objeto de tutela de todos los delitos sexuales».

AGRESIONES SEXUALES

El Capítulo I del Título VIII regula las llamadas «agresiones sexuales» a partir de un tipo básico contenido en el art. 178, al que se añaden, en los arts. 179 y 180, sendas cualificaciones.

I. TIPO BÁSICO

> Art. 178: «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años».

Tipo objetivo

a) El concepto de «atentado contra la libertad sexual»

El art. 178 tipifica el atentado contra la libertad sexual que consiste en una «agresión sexual». El término «atentado contra la libertad

sexual» exige un *contacto corporal* entre los sujetos activo y pasivo, lo que excluye del ámbito de los delitos tipificados en el Capítulo I supuestos como el inducir u obligar a una persona a realizar contactos sexuales sobre sí mismo o con un tercero que, evidentemente, no son agresiones sexuales, sino delitos contra la libertad constitutivos de amenazas o coacciones, y probablemente también contra la integridad moral, o formas de coautoría o de participación en las agresiones sexuales de un tercero o autoría de un delito relativo a la prostitución (cfr. *infra*). Tampoco entran en el término «atentado contra la libertad sexual», entendido como contacto corporal, las acciones exhibicionistas, por más que sean de contenido claramente sexual, que todo lo más deben incluirse en el delito de exhibicionismo del artículo 185.

Más dificultades entraña la interpretación del calificativo «sexual» que, tanto en relación con el bien jurídico como en la determinación de la acción típica de otros delitos comprendidos en este Título, indica que en toda esta materia se trata de problemas relacionados con la manifestación del instinto sexual, cualesquiera que sean después las circunstancias típicas que configuren el delito en cuestión. No existe, ciertamente, un concepto puramente objetivo de lo sexual, aunque no puede por menos que calificarse como tal todo acto en el que intervengan los órganos genitales, tanto más si su fin implica penetración. No hay, por tanto, problema alguno en considerar acto sexual el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, así como la introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, que constituyen el tipo cualificado del art. 179. Pero cuando los actos no tienen este carácter tan claramente sexual, su calificación en un plano puramente objetivo es más problemática; así sucede, por ejemplo, con los besos y tocamientos de partes del cuerpo que no sean los órganos genitales propiamente dichos. Por ello, un sector doctrinal recurre a un elemento subjetivo caracterizado por el «ánimo lúbrico» o «lascivo», que dejaría fuera del ámbito de lo sexual actos equívocos o incluso claramente sexuales realizados con fines terapéuticos, científicos, jocosos o simplemente injuriosos, vengativos o de burla. Sin embargo, la adición de este elemento hace depender la calificación de sexual de una actitud subjetiva interna de difícil prueba, lo que conduce también a admitir la subjetividad del juzgador como elemento a tener en cuenta en la determinación del carácter sexual de un determinado acto. En relación con la «agresión sexual», en la medida en que se utiliza la violencia o intimidación y se exige un contacto corporal, el carácter sexual del acto puede ser bastante inequívoco; pero ya no lo es tanto en otro

tipo de actos cuyo significado sexual es ambiguo o, por lo menos, equívoco.

> Este problema se ha agudizado aún más, como veremos en el próximo capítulo, con la utilización en el art. 189,4 de la expresión «comportamiento de naturaleza sexual», que obviamente no puede coincidir con los de «agresión», «abuso», «acoso», «exhibicionismo y provocación», que adornados también con el calificativo «sexual» constituyen el núcleo de otros tipos delictivos. En todo caso, para determinar cuándo un comportamiento puede ser calificado de naturaleza sexual, habrá que situarlo en un contexto determinado en el que cultural y socialmente pueda ser calificado como tal: un acto médico de exploración uretral o vaginal realizado conforme a las reglas y prescripciones médicas queda fuera del concepto de comportamiento de naturaleza sexual, por más que el médico obtenga alguna vez placer sexual con ello; y un abrazo o un beso acompañado de inequívocos movimientos de la región pelviana será normalmente considerado como agresión o, en su caso, como abuso sexual, por más que el individuo alegue que lo hizo con ánimo de burla o broma (dejando aparte ahora cuestiones sobre error, consentimiento, etc., que pertenecen a otro lugar).

Debe exigirse, además, una cierta trascendencia y gravedad del acto y su potencialidad implícita para afectar de un modo relevante la sexualidad ajena. Tocamientos y apretones aprovechando las «bullas» del Metro o en espectáculos públicos, etc., no deben pasar del mero conflicto verbal entre los protagonistas cuando no tienen un significado inequívocamente sexual. Deben tenerse también en cuenta los usos y costumbres del lugar, que hacen aparecer como normales hechos verdaderamente «chocantes» en otros ámbitos y contextos diferentes.

b) Los sujetos

Por lo que se refiere a los sujetos, activo y pasivo, de la agresión sexual tipificada en el art. 178, pueden serlo cualquier persona, tanto hombre, como mujer; por tanto, caben agresiones sexuales de mujer sobre mujer, mujer sobre hombre, hombre sobre hombre y hombre sobre mujer.

> Sujetos pasivos de las agresiones sexuales en cualquiera de sus modalidades pueden ser también la *persona prostituida* y el *cónyuge* o persona con la que se convive o habitualmente se tienen relaciones sexuales, pero en este último caso debe tenerse en cuenta que la regularidad de las relaciones sexuales o la convivencia hacen sumamente problemático diferenciar lo que son sólo disputas o desavenencias conyugales y la verdadera agresión sexual. La cuestión tiene más trascendencia práctica, sobre todo por las dificultades probatorias, que teórica, ya que en este último plano no hay obviamente por qué hacer ninguna diferenciación.

c) El concepto de «violencia o intimidación»

Lo característico de las «agresiones sexuales» del Capítulo I es que el ataque a la libertad sexual se lleva a cabo con violencia o intimidación. Este par de conceptos constituyen, a su vez, los delitos contra la libertad de coacciones o amenazas tipificados en el Título VI. En principio, la diferencia entre estos delitos y las agresiones sexuales es la referencia al contexto sexual o la connotación sexual de la acción. Hay violencia cuando se aplica *vis absoluta*, o cuando se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el delincuente. No es necesario, por tanto, una resistencia continuada del sujeto pasivo que puede, para evitar males mayores, «consentir» en la agresión sexual apenas comiencen los actos de violencia. Desde luego, ha de haber una relación de causalidad adecuada entre la violencia empleada y la agresión sexual.

La intimidación equivale a amenazar. Pero la amenaza ha de tener una cierta gravedad y guardar alguna relación con la agresión sexual. Si, por ejemplo, un hombre adulto amenaza a una chica joven con decir a sus padres dónde ha pasado la tarde con su novio y ésta, ante el temor de que lleve a cabo su amenaza, accede a tener algún tipo de relación sexual, este hecho puede constituir una agresión sexual según el tipo de acto sexual de que se trate y la personalidad y circunstancias de la joven así intimidada. Lo mismo sucede cuando alguien que tiene pruebas de la infidelidad matrimonial de una persona amenaza con revelárselas al cónyuge si no accede a tener algún tipo de relación sexual. En ambos casos la gravedad de la intimidación y su suficiencia para constituir un delito de agresión sexual es un problema de causalidad suficiente entre la acción y el resultado que debe ser resuelto con los criterios generales de la causalidad y la imputación objetiva, trasladados a las relaciones interpersonales. Ciertamente la *gravedad* del mal con que se amenaza debe medirse de forma objetiva y debe tener, además, un carácter de inmediatividad en su realización que prácticamente no le deje a la persona intimidada otra salida que aceptar realizar lo que se le pide, pero esto no significa que puedan dejarse a un lado las circunstancias en que se encuentra la víctima de la intimidación. En realidad, en ningún delito en el que se planteen problemas de causalidad e imputación objetiva de un determinado resultado a una acción se pueden desatender las circunstancias personales de quien tiene que adoptar una determinada decisión a consecuencia de una

acción contra ella dirigida. Así, por ejemplo, en las coacciones no es lo mismo coaccionar a un niño que a un boxeador profesional; y en la estafa, la idoneidad de una conducta engañosa para inducir a error no es nunca la misma cuando se trata de engañar a un comerciante experimentado o a un pobre campesino ignorante. En las agresiones sexuales, la edad del sujeto pasivo y el contexto social o familiar que le rodean son, pues, factores decisivos para valorar hasta qué punto la intimidación puede tener el grado suficiente para integrar el tipo de alguno de estos delitos. No se trata, por tanto, de que sea el sujeto pasivo quien determine, con su personal sentimiento valorativo, cuándo la intimidación puede ser suficiente para considerar el acto sexual como agresión sexual o, en su caso, como violación, sino de que el juzgador tenga en cuenta las circunstancias que, siendo conocidas por el agresor, han llevado al acto sexual (en este sentido RAMÓN RIBAS. Cfr. STS 5 mayo 2003: padre con hija adolescente, con comentario de CUERDA ARNAU, 2004, pp. 66 ss.).

Tipo subjetivo

El dolo, entendido como realización voluntaria de una acción violenta o intimidatoria con conocimiento de su significado sexual, no requiere ningún otro elemento específico subjetivo más (el ánimo lascivo). El sujeto activo debe querer sólo agredir sexualmente. Caso de que la voluntad del sujeto se dirigiera al acceso carnal o a cualquiera de las conductas mencionadas en el art. 179, habrá tentativa de esta cualificación. Esta distinción, teóricamente perfecta, es a veces difícil de precisar en la práctica, pues por los actos exteriores es difícil saber cuándo el sujeto pretendía acceder carnalmente o sólo realizar tocamientos sexuales (a veces, ni el mismo autor podría precisarlo).

Consumación

Si, a pesar del empleo de la intimidación o de la violencia el sujeto no llega al contacto corporal, habrá tentativa. En estos supuestos, si el sujeto desiste voluntariamente de realizar el contacto corporal no responderá de agresión sexual, pero sí de los delitos que se hayan consumado ya, como lesiones, amenazas o coacciones (tentativa cualificada).

II. TIPO CUALIFICADO DEL ART. 179: EL DELITO DE VIOLACIÓN

> Según el art. 179: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como *reo de violación* con la pena de prisión de seis a 12 años».

La reforma de 1999 volvió a introducir en el Código penal el concepto de *violación*, tratándolo como un tipo cualificado del delito de agresión sexual, caracterizado por la idea de la penetración del miembro viril por vía vaginal, anal o bucal, o por la introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Por su parte, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido la mención expresa de la introducción de miembros corporales.

Sujetos y conductas incluidas en la cualificación

El círculo de sujetos activos que pueden llegar a cometer la cualificación del art. 179 depende de la conducta que se realice. Así, por ejemplo, no hay ninguna duda de que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos de la modalidad cualificadora consistente en introducción de objetos, pero la introducción como tal debe referirse a objetos (palo, dedo, etc.) y a cavidades (vaginal o anal) que tengan una evidente connotación sexual (meter una cucharilla de café o un dedo en la boca o el oído difícilmente puede constituir esta modalidad agravada o incluso una verdadera agresión sexual).

La reforma de 1999 vino así a confirmar la interpretación que ya proponía con la anterior redacción en la 11ª edición de esta obra (cfr. Muñoz Conde, 11ª ed., p. 186). Pero al eliminar la referencia expresa a la «penetración» dejó abierta la puerta para entender que la conducta de «acceso carnal» por vía vaginal, anal o bucal puede ser cometida tanto por hombre como por mujer. Ello puede ser discutible por las razones que seguidamente paso a exponer.

Cuando el acceso carnal consista en una penetración vaginal, anal o bucal, parece evidente que sujeto activo puede serlo el hombre, siendo indiferente que el sujeto pasivo de la penetración anal o bucal sea hombre o mujer. Más compleja es la respuesta cuando el sujeto activo del acceso carnal es una mujer. Un acceso carnal con sujetos, activo y pasivo, femeninos, conseguido mediante violencia o intimidación, puede incluirse, desde luego, en el tipo cualificado del art. 179 sin violentar el sentido literal posible de «acceso carnal», entendido como relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé la penetración, bastando, pues, la práctica fricativa o «*coniuctio membrorum*». Pero el problema es más de carácter valorativo que gramatical: ¿debe ser valorada penalmente una relación de este tipo así conseguida como las otras conductas de penetración? La cuestión se complica aún más cuando el sujeto activo es femenino pero el sujeto pasivo es masculino. Ciertamente, es difícilmente imaginable un acceso carnal en el que la mujer, mediante violencia o intimidación, se hace penetrar por un hombre, pero teóricamente cabe incluir este caso dentro del concepto de acceso carnal, aunque de nuevo se plantean aquí las mismas dudas de carácter valorativo, acrecentadas por la rareza de este tipo de prácticas (otra cosa sucede en caso de abusos sexuales de menores o incapaces, véase *infra*).

La ambigüedad de la expresión «acceso carnal» admitiría, pues, prácticamente todas las posibles combinaciones: hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer. Pero la cualificación del art. 179 debe reservarse para los casos verdaderamente graves, y no parecen serlo tanto, desde luego, aquéllos en los que una mujer realiza una práctica fricativa con otra mujer o en los que la mujer (o el hombre) se hacen penetrar, mediante violencia o intimidación, por un hombre. Parece, pues, que la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas consistentes en una penetración (vaginal, anal o bucal), por lo que, en relación con el art. 179, ésta sólo puede cometer la modalidad de introducción de miembros corporales u objetos, o responder como coautora si ejerce la violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal. Fuera de estos supuestos, las agresiones sexuales de la mujer habrán de ser reconducidas al tipo básico de agresión sexual (véase *supra*).

En la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el legislador, atendiendo a las justas críticas que había provocado la jurisprudencia que negaba la equiparación de la introducción de dedos y la de objetos (véase, por ejemplo, STS 14 febrero 1994), menciona ahora expresamente en el art. 179 la introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal. Ciertamente era difícil entender el por qué de esta restricción, ya que el dedo o los dedos pueden ser utilizados como objetos de significado sexual equivalente al miembro viril, igual que un palo, un bastón, la empuñadura de un paraguas o el cañón de

una escopeta o pistola; sobre todo cuando se introduzcan varios y aun toda la mano o el puño, siempre obviamente que se trate de una clara penetración equivalente a la del miembro viril, y no de meras caricias periféricas en la zona vestibular o perianal. En todo caso, esta cualificación lo mismo puede ser realizada por el hombre que por la mujer.

Consumación

La inclusión en esta cualificación de supuestos de hecho tan distintos dificulta la fijación de un mismo momento consumativo. La «introducción de miembros corporales u objetos» requiere, como su propio nombre indica, que el objeto en cuestión (palo, botella, dedo, etc.) sea introducido en la cavidad anal o vaginal. El «acceso carnal» por penetración de miembro viril exige para su consumación siquiera un mínimo de penetración (*inmissio penis*) del pene en la cavidad vaginal, anal o bucal. Pero dificultades probatorias probablemente hagan requerir en la penetración bucal la eyaculación o *inmissio seminis*. Si se admite que el acceso carnal incluye también la práctica fricativa en el caso de acceso carnal entre mujeres, bastará para la consumación la mera «*coniuctio membrorum*».

Si el autor pretende tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y emplea para ello violencia o intimidación, pero antes de conseguir su propósito desiste voluntariamente de ello, la eficacia liberadora de pena del desistimiento impide que se le castigue por el tipo cualificado del art. 179, pero sí puede castigársele por el tipo básico de agresión sexual, siempre que no haya habido consentimiento en la fase prodrómica. Los casos de desistimiento por eyaculación prematura se consideran involuntarios (SSTS 30 enero y 7 octubre 1968).

Autoría y participación

Las conductas consistentes en «acceso carnal» son delitos de propia mano en los que sólo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la acción corporal descrita en el tipo, es decir, el acceso carnal. Pero nada impide que rijan aquí las reglas generales de la participación y que quepan la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. Sin embargo, el caso en el que alguien obliga a otro, mediante violencia o intimidación, a realizar la conducta típica podría considerarse como autoría mediata, ya que en este supuesto el sujeto activo no es más que un instrumento.

En general, dado que el tipo se construye a partir de una acción violenta o intimidatoria, la realización de la violencia o de la intimidación por un tercero, distinto al que realiza la acción de acceder carnalmente o de introducir objetos (sujetando a la víctima, forzándola o intimidándola para que otro la acceda carnalmente, o conduciéndola en contra de su voluntad al lugar donde otro consuma el acceso carnal, cfr. STS 24 mayo 1999: caso «niñas de Alcacer»), constituirá coautoría que, además, daría lugar a la aplicación del tipo cualificado del art. 180,1,2ª.

> Más discutible se presenta la cuestión cuando la participación es por omisión. La STS de 31 de enero de 1986 sostiene la posibilidad de apreciar coautoría en el caso de quien observa, sin intervenir, cómo los amigos violan a una chica a la que previamente habían recogido en auto-stop; pero en ese supuesto había una relación parental y de amistad entre la chica y el procesado que permitía afirmar una posición de garante suficiente para imputarle cooperación necesaria (o, al menos, complicidad) en comisión por omisión. De no existir esta posición de garante, la calificación preferente será la de delito de omisión del deber de impedir un delito del art. 450 (véase STS 31 enero 1986 y comentario a ella de Luzón Peña).

Concurso

Dado que en las diversas modalidades de la agresión sexual tiene que darse violencia o intimidación, este delito puede concurrir idealmente (una sola acción) con un delito de homicidio o lesiones, normalmente causados por imprudencia; y en concurso real con los mismos delitos si se causan con acciones diversas, normalmente dolosas (homicidio o lesiones). Cuando estos resultados se produzcan como consecuencia de la utilización de armas o instrumentos peligrosos, el concurso se establecerá a partir del marco penal de la cualificación del art. 180. No cabe el delito continuado, aunque en el caso en que el acceso carnal o la introducción de objetos se dé en un contexto en el que los diversos actos se realicen sin solución de continuidad con la misma persona y formen parte de un mismo hecho con significado sexual (besos, tocamientos, introducción de dedos, etc., previos e inmediatamente conectados con el acceso carnal) se podrá estimar un solo delito de violación. Si en la ejecución intervienen varios sujetos activos y uno de ellos sujeta a la víctima mientras otro la accede carnalmente, y posteriormente procede a realizar también el acceso carnal, habrá un concurso real de violaciones, aunque en este último caso no procede aplicar la cualificación 2ª del art.180,1 (véase *infra*).

Circunstancias

Por lo que se refiere a las atenuantes, hay que tener en cuenta la adicción a las drogas y los estados de arrebato u obcecación (art. 21,2ª y 3ª). Especial atención merecen las anomalías psíquicas del sujeto activo como posibles supuestos de eximente incompleta del art. 21,1ª y las correspondientes medidas de seguridad a que puede dar lugar (arts. 99 y 104). Naturalmente, no cabe excluir que la alteración mental pueda llevar también a la inimputabilidad total del sujeto activo (art. 20,1º y 2º), pudiendo imponerse en este caso la correspondiente medida de seguridad alternativa a la pena (arts. 101 y ss.).

Las agravantes que pueden concurrir en las agresiones sexuales son ya normalmente tenidas en cuenta en las cualificaciones del art. 180, por lo que difícilmente puede computarse, además, alguna de las genéricas del art. 22.

III. TIPO CUALIFICADO DEL ART. 180

> Según el art. 180: «1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
> 1ª. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
> 2ª. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
> 3ª. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.
> 4ª. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
> 5ª. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.
> 2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior».

La reforma de 1999 retocó y modificó el contenido de algunas de estas cualificaciones que, igual que en la regulación anterior, pueden ser aplicadas directamente tanto al tipo básico del art. 178, como también al cualificado del art. 179, aumentándose las penas respectivamente asignadas a cada uno de ellos.

La razón de la cualificación reside en algunos de los supuestos en la inferioridad en que se encuentra la víctima respecto al autor o autores de la agresión sexual. Esto es especialmente evidente en la circunstancia 2ª, en la que la actuación conjunta de dos o más personas (antes se decía actuación en grupo de tres o más personas) no requiere que las dos o más personas lleguen a realizar el acceso carnal o la introducción de objetos sino que basta que una de ellas ejerza la violencia o intimide a la víctima, mientras que la otra realiza directamente, por ejemplo, el acceso carnal. En todo caso, conforme a la teoría de la coautoría la actuación conjunta no tiene por qué ir necesariamente vinculada a la ejecución del acceso carnal, ya que el empleo de la violencia o intimidación constituye también una parte de la acción típica de la agresión sexual (respecto a la posibilidad de la comisión por omisión, cfr. *supra* y STS 31 enero 1986 y el comentario de LUZÓN PEÑA). También la agravación de la circunstancia 3ª, referida a la «vulnerabilidad» de la víctima debida a su edad, enfermedad o situación, en la que la reforma de 1999 incluyó de forma expresa, aunque un tanto innecesariamente, los casos en los que la víctima sea menor de trece años, tiene en cuenta la particular indefensión que se deriva de estas situaciones. Pero para poder apreciar esta agravación debe darse un cierto grado de violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima, pues de lo contrario el hecho constituirá un abuso sexual y la cualificación aplicable sería la del art. 181,4 o la del art. 182,2.

En otros supuestos, la cualificación se debe a la peligrosidad del medio empleado para ejercer la violencia o intimidación (art. 180,1,5ª) y coincide con la cualificación que por este motivo se aplica en el delito de lesiones (cfr. art. 148,1º: armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica); si además se produjere un resultado de homicidio o de lesiones graves, se apreciará esta cualificación en concurso con el respectivo resultado. No cabe, sin embargo, el concurso entre la cualificación 1ª y el delito contra la integridad moral del art. 173 pues, como ya se vio en el capítulo VII, el delito contra la integridad moral supone ya de por sí una degradación o un trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual.

La agravación 4ª es difícil de explicar en base a la mera relación parental. De hecho, la reforma de 1999 equiparó a la misma la rela-

ción de superioridad, haciendo recaer así el acento, no tanto en el parentesco mismo, como en la situación de superioridad que ello puede suponer para el sujeto activo frente al pasivo. No se trata, por tanto, del quebrantamiento de un especial deber para el autor de abstenerse de este tipo de acciones, lo que podría entenderse en la relación parental descendiente (padres respecto a hijos) que evoca el viejo «tabú» del incesto, pero menos en otras más lejanas, sobre todo cuando se trata de un parentesco colateral por adopción o afinidad; sino, como ya proponíamos en la 11ª ed. (p. 191), de que la relación parental dé lugar a una relación de prevalimiento que, de todos modos, normalmente irá implícita en la propia intimidación.

La presencia de dos o más de las anteriores circunstancias determina, según el art. 180,2, que la pena correspondiente se imponga en su mitad superior.

ABUSOS SEXUALES

El Capítulo II del Título VIII trata los «abusos sexuales». La diferencia fundamental con las «agresiones sexuales», vistas en el epígrafe anterior, es justamente la no concurrencia en los «abusos» de la violencia o intimidación como medios de ataque a la libertad sexual, pero en común con aquéllas tienen el que en todo caso se trata de un ataque a la libertad sexual no consentido (o con consentimiento viciado) o contra la indemnidad sexual de menores o incapaces.

I. TIPO BÁSICO

Tras la reforma de 1999 el art. 181,1 quedó redactado de la siguiente manera:

> «El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses».

Respecto a lo que debe entenderse por «acto contra la libertad o indemnidad sexual» se presentan en algunos casos las mismas dificultades interpretativas que ya veíamos antes en relación con el tipo básico de las agresiones sexuales, por lo que habrá que recurrir también aquí a los criterios culturales y a las circunstancias personales.

Un beso, un abrazo, una caricia, etc., pueden tener o no un significado sexual dependiendo del contexto.

Sujetos, activo y pasivo, pueden serlo cualquier persona.

La falta de consentimiento es requisito fundamental, bastando simplemente que el sujeto activo aproveche el descuido del sujeto pasivo. El consentimiento, incluso tácito, destipifica en todo caso el hecho; lo que no quiere decir que cualquier acto que implique un contacto corporal (un apretón de manos, un abrazo) signifique automáticamente un abuso sexual si el sujeto no consiente en el mismo. Los casos más dudosos se resuelven la mayoría de las veces con el conflicto verbal o simplemente con la negativa expresa del sujeto que rechaza expresamente el contacto corporal. Los casos de error sobre el consentimiento deben ser tratados como casos de error sobre un elemento integrante de la infracción penal y determinan, por tanto, la impunidad, al no estar prevista la comisión imprudente.

Especial consideración de los abusos sexuales de menores y de personas con trastornos mentales

Como ya se ha dicho a propósito de la rúbrica del Título VIII al comienzo de este capítulo (cfr. *supra*: el bien jurídico protegido en el Título VIII, B,a y b), la prohibición penal de la relación sexual con menores (hasta una determinada edad) o personas incapaces para autodeterminarse sexualmente (en la medida en que exista realmente esa incapacidad) sólo puede entenderse si junto a la libertad sexual se incluye en el ámbito de protección la «indemnidad sexual», es decir, la exclusión del menor o incapaz como sujeto de una relación sexual. De ahí que también se haga referencia a esta indemnidad en el art. 181 y que, de acuerdo con el art. 181,2, se consideren en todo caso abusos sexuales no consentidos «los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare».

1º) Menor de trece años

La reforma de 1999, modificando un criterio que procede de la Codificación penal decimonónica, fijó la edad hasta la cual los abusos sexuales con menores se reputan siempre como no consentidos en los trece años, en lugar de en los doce que venían siendo el límite tradicional. Realmente no hay ninguna razón, ni psicológica ni biológica, ni ninguna modificación fundamental de los conocimientos sobre psicología evolutiva que justifiquen este cambio, que más bien trasluce,

como toda la reforma de 1999, un afán por aumentar la gravedad de los tipos penales y ampliar la aplicación de los abusos sexuales no consentidos. La edad a que se refiere el Código es la física. Se trata aquí de una presunción que no puede ser invalidada por una prueba en contrario de que existe capacidad de autodeterminación. El Código presume «*iuris et de iure*» que existe abuso siempre que se realiza un acto de contenido sexual con persona menor de trece años de edad.

2º) Persona privada de sentido o abusando de su trastorno mental

Si el sujeto pasivo se encuentra en uno de estos casos, se presume que no tiene capacidad para consentir o rechazar una relación sexual libremente. Tal presunción queda desvirtuada, sin embargo, si se demuestra en el caso concreto que el sujeto pasivo podía autodeterminarse libremente en el ámbito sexual. Algunas veces la jurisprudencia ha mantenido el criterio de que si la edad mental del sujeto pasivo era inferior a la de los doce años (ahora trece), debía presumirse siempre la falta de libertad y, por tanto, de autodeterminación, aplicando por analogía el criterio de la cualificación anterior, pero posteriormente ha evolucionado hacia una apreciación de la circunstancia de madurez mental en sí misma, sin establecer ningún paralelismo con la edad, que en sí misma puede ser indicativa de un nivel de inteligencia, pero no de madurez y capacidad para autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad (véase STS 3 enero 1949 y el comentario a ella de Ferrer Sama, p. 528. Cfr. también STS 25 mayo 1978. Con mejor criterio, las SSTS 17 marzo 1981 y 5 febrero 1982 aluden a otro tipo de circunstancias personales, familiares y sociales).

Por «trastorno mental» habrá que entender situaciones similares a las que determinan la exención de responsabilidad en el artículo 20,1º, es decir, la enfermedad mental en un sentido amplio, incluyendo también en ella la oligofrenia y todas aquellas otras alteraciones de la psique que ponen al sujeto en situación de inimputabilidad. Pero hay que tener en cuenta que en este caso es preciso, además, que el trastorno mental afecte a la capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual con conocimiento del significado de los actos de este tipo. Esto plantea, lógicamente, problemas de prueba pericial que, en última instancia, debe ser valorada libremente por el Tribunal en función de las consideraciones anteriormente hechas sobre el bien jurídico protegido. En este terreno se plantean al juzgador algunos casos límite que deben ser resueltos más con ayuda de criterios sociológicos que psicológicos o psiquiátricos. En ningún caso debe ser suficiente con un determinado diagnóstico, *test* de inteligencia, etc., sino que debe valorarse el comportamiento del sujeto pasivo en el contexto y en relación también con las peculiaridades de la conexión que tenga con el ofendido (relaciones de noviazgo, amistad, matrimonio, etc.).

Precisamente, para evitar una interpretación demasiado objetivista se exige que, además, el sujeto activo «abuse» del trastorno mental, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el contacto sexual precisamente por esa incapacidad. Para Orts Berenguer (1995, p. 114), el abuso comporta dos elementos: el conocimiento del estado psíquico del sujeto pasivo y el aprovechamiento de tal estado para dirigir al trastornado mentalmente de acuerdo con los intereses del sujeto activo. Este «abuso» exige, por tanto, una actitud dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso.

Con ello se deja una posibilidad a las relaciones sexuales con incapaces, siempre que no se dé la situación de «abuso» de esa incapacidad. El problema ha estado casi siempre resuelto en las relaciones heterosexuales cuando el incapaz o enajenado es el hombre (al que incluso los propios familiares llevan al burdel como «medida terapéutica»), pero no lo está en absoluto cuando el incapaz o enajenado es una mujer, principalmente en el caso de oligofrénicas, deficientes mentales, etc., en las que además está también el problema del embarazo. La jurisprudencia existente al respecto demuestra el doble rasero (y la doble moral) que suele utilizarse en estos casos.

En el término «trastorno mental» habrá que incluir también situaciones de trastorno mental transitorio producidas por cualquier causa (ingestión de alcohol, drogas, etc.), naturalmente siempre que se dé un abuso de esa situación.

El otro supuesto del número 2 («privadas de sentido») acoge los casos de inconsciencia, durmientes, etc.

II. ABUSO POR PREVALIMIENTO

> El art. 181,3 impone la pena asignada a los abusos sexuales no consentidos y asimilados «cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima».

A diferencia de lo que sucede en los supuestos anteriores aquí sí hay consentimiento, pero viciado por encontrarse el sujeto activo en

una situación de superioridad respecto a la víctima, que puede ser cualquier persona mayor de trece años.

Sujeto activo puede ser, en principio, cualquier persona, pero debe estar en una relación especial con el sujeto pasivo; es decir, debe tener una posición de superioridad sobre el sujeto pasivo, no importando las causas que originen dicha superioridad. No basta con que haya una mera relación entre los dos sujetos, sino que es preciso que ésta sea de tal clase, que origine una superioridad del sujeto activo sobre el pasivo que determine en éste su consentimiento para el acto sexual. En el art. 181,3 se incluyen, por tanto, casos que no llegan al nivel de agresión sexual porque la intimidación no tiene la gravedad necesaria, pero en los que sí hay una situación de superioridad y un abuso de la misma (jefe sobre empleado/a, profesor sobre alumno/a; cfr. STS 24 junio 2000: compañero sentimental con la hija menor de la mujer con la que convive; STS 5 mayo 2003: padre con hija adolescente, y comentario de CUERDA ARNAU, 2004, pp. 66 ss.) que pueden coartar la libertad de la víctima (*metus reverencialis*, miedo a perder el empleo o a una mala nota, etc., cfr. también *infra*: acoso sexual).

III. TIPOS CUALIFICADOS

a) El art. 181,4 establece que las penas señaladas en este artículo (abusos sexuales tipo básico y abuso por prevalimiento) se impondrán en su mitad superior cuando concurran la circunstancia 3ª o 4ª del art. 180,1. En este tipo cualificado cabría incluir, por ejemplo, los abusos de los incapaces de resistir por causas corporales o físicas (parálisis, agotamiento, etc.). Las razones de esta cualificación las hemos visto ya en relación a las agresiones sexuales, lugar al que nos remitimos, aunque con dos salvedades. De un lado, la circunstancia 3ª carece aquí de sentido en lo referente al menor de 13 años cuando sea aplicable el art. 181,2; de otro, la remisión a la circunstancia 4ª tampoco tiene sentido por lo que se refiere al prevalimiento de una relación de superioridad cuando sea aplicable el art. 181,3, salvo que se entienda que la cualificación por relación parental (*incesto*) es aplicable autónomamente.

b) En el art. 182,1 se impone la pena de prisión de cuatro a diez años «en todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías».

Se trata aquí de la misma cualificación ya vista en relación con las agresiones sexuales (cfr. *supra* y art. 179), con la particularidad de que en algunos de los supuestos de abusos sexuales cabe que puedan realizar la cualificación tanto el hombre como la mujer, ya que ésta puede conseguir, por ejemplo, que el menor o el enfermo mental la penetre, pero también aquí habrá que estar más a los criterios sociales y culturales sobre el comportamiento sexual que a la literalidad del precepto.

c) El art. 182,2 dice que las penas señaladas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el artículo 180,1 de este Código (véase *supra* lo dicho respecto al art. 181,4).

> La relación sexual continuada con un mismo menor o incapaz, cuando no consta el número de las mismas, puede dar lugar a un *delito continuado*, conforme a lo dispuesto en el art. 74,3 (cfr. STS 28 diciembre 1998).

IV. ABUSO FRAUDULENTO

El art. 183 castiga con la pena de prisión de uno a dos años (introducida en la reforma de 1999) o multa de doce a veinticuatro meses al que, «interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis».

Tipo objetivo

Característico de este tipo de abuso es el «engaño» que debe mediar («interviniendo»). La antigua jurisprudencia consideró casi siempre como «engaño» la «falsa promesa de matrimonio», haciendo de ella incluso la única fuente de engaño admisible para la mujer honesta (cfr. MUÑOZ CONDE, 3ª ed., p. 334; y BOIX REIG, 1979, pp. 250 ss., quien hace un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia). Sin embargo, ni la anterior regulación, como ha demostrado cumplidamente BOIX, ni la nueva obligan a esta interpretación restrictiva de la expresión «engaño» que se basaba en determinadas concepciones conservadoras del papel de la mujer en las relaciones sexuales. Por engaño habrá que entender, por tanto, cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir la relación, que determine causalmente un vicio de voluntad o seducción en el sujeto pasivo. No obstante, una interpretación excesivamente amplia del concepto de «engaño» puede llevar a consecuencias peligrosas y fomentar, de algún modo, el chan-

taje sexual. Los casos verdaderamente merecedores de pena pueden, la mayoría de las veces, incluirse dentro del abuso sexual por prevalimiento, en la medida en que la edad y las circunstancias del sujeto pasivo determinen una auténtica inferioridad respecto al sujeto activo. La antigua jurisprudencia, que restringía la interpretación del engaño a la falsa promesa de matrimonio, pretendía, de algún modo, forzar indirectamente el matrimonio y hacer de éste la única posibilidad de relaciones heterosexuales lícitas. Esta misma jurisprudencia venía, de hecho, presumiendo el engaño, cuando se daban los demás requisitos, en los casos de embarazo o de nacimiento de prole, pretendiendo, con ello, aplicar las consecuencias civiles que se derivaban de la condena penal (cfr. *infra*), que en aquella época eran difíciles de alcanzar por la vía civil (cfr. SSTS 31 mayo 1974, 25 abril 1975 y 18 marzo 1977).

Sujetos, activo y pasivo, pueden serlo tanto el hombre como la mujer. La edad del sujeto pasivo debe estar entre los trece y los dieciséis años. Pero obviamente también aquí, como en los abusos por prevalimiento, el sujeto activo debe tener un ascendiente, normalmente basado en una diferencia de edad relevante con el sujeto pasivo, que permita poder hablar de «engaño» relevante.

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo. El sujeto activo debe conocer que su acción es engañosa y que el sujeto pasivo tiene de trece a dieciséis años, aunque por lo que se refiere a este último extremo basta con que el sujeto tenga un conocimiento aproximado de la edad efectiva del sujeto pasivo.

Cualificaciones

El art. 183 contiene las cualificaciones ya vistas en las agresiones y en los abusos por prevalimiento, cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (prisión de dos a seis años), o cuando concurriera la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el art. 180,1 de este Código (mitad superior). Nos remitimos, por tanto, a lo dicho anteriormente respecto a las mismas en relación con las agresiones y los abusos sexuales.

ACOSO SEXUAL

Este delito, que fue introducido por primera vez en el Código de 1995, fue modificado por la reforma de 1999, que le dio un contenido más amplio y estructuró el Capítulo III en base a un tipo básico y dos cualificaciones. Por su parte, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha sustituido las penas de arresto de fin de semana por prisión y modificado las de multa.

Tipo básico

Según el art. 184,1: «El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

Antecedentes. La introducción del acoso sexual en el Código penal de 1995 fue consecuencia de la presión de grupos sociales, principalmente femeninos, que consideran que este tipo de conductas se dan con frecuencia y dificultan y afectan a la libertad sexual de las mujeres, que suelen ser las principales víctimas de este tipo de actos. Esta reivindicación, sin duda fundada, debe ser considerada en Derecho penal desde puntos de vista diferentes de los que se tienen en cuenta en otras ramas del Derecho, principalmente el laboral, para adoptar determinadas consecuencias de carácter no penal como el despido, el traslado forzoso, etc. Efectivamente, en Derecho penal muchos de estos hechos, consistentes en tocamientos y actos sexuales de diverso tipo realizados al amparo de una situación de prevalimiento o incluso con intimidación, constituyen ya de por sí graves atentados a la libertad sexual constitutivos de los delitos de agresiones y abusos sexuales anteriormente analizados. Al ser el acoso sexual una especie de acto preparatorio de las agresiones o de los abusos sexuales, si se llega efectivamente al contacto corporal serán estos delitos, pues, de preferente aplicación (art. 8,3ª). El problema se presenta en los casos en los que el «acoso» no llega al contacto corporal. En muchos de estos supuestos se podrá apreciar también una tentativa del respectivo delito de agresión o de abuso sexuales. Sin embargo, el legislador de 1995, a la vista de las presiones de los mencionados grupos, consideró necesario crear un tipo delictivo autónomo para castigar el acoso sexual, haciendo recaer el acento en la idea de prevalimiento y de amenaza como elementos esenciales que convertían la simple solicitud o acoso sexual en un hecho delictivo (sobre esta regulación, véase MUÑOZ CONDE, 11ª ed., pp. 197 ss.). Sin embargo, tras la reforma de 1999 estos elementos determinan la existencia de un tipo cualificado, mientras que en el art. 184,1 se tipifica ya como delito el acoso sexual aunque no haya relación de prevalimiento ni una amenaza de mal futuro.

La conducta de este tipo básico consiste, pues, en «solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero». La solicitud puede ser un acto aislado, aunque el término «acoso sexual», que da nombre a este Capítulo, será el resultado de varios actos reiterados de hostigamiento, molestias, etc., acompañados de frases, alusiones o gestos de evidente contenido sexual. Pero tal solicitud sólo es delictiva si se da «en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante». Es decir, a partir de la reforma de 1999 tampoco es delictiva la solicitud en sí misma si no se da en el ámbito de una determinada relación y provoca a la víctima una situación que *objetivamente* pueda calificarse como una amenaza, un atentado contra la integridad moral o una injuria graves, requisito que, por ejemplo, no se exige en el delito previsto en el art. 443, en el que la cualidad de autoridad o funcionario público y la situación de prevalimiento que de ella se deriva bastan para que la solicitud constituya delito, sin necesidad de que haya una amenaza o injuria expresa (véase *infra* capítulo XLI).

Tipos cualificados

1º) En el art. 184,2 se convierte en un supuesto agravado lo que en la redacción anterior a la reforma de 1999 era la esencia del delito de acoso sexual: la existencia de prevalimiento originada por una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación. La pena aplicable a esta cualificación es la de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses, notoriamente inferior a las previstas para el delito de amenazas condicionales con el que, en cierto modo, coincide y que igual o más gravemente se castiga en el art. 171. Ello plantea, como es lógico, un concurso de leyes a resolver conforme a las reglas de la alternatividad (art. 8,4ª), si no se quiere privilegiar absurdamente el acoso sexual.

Respecto a la gravedad de la amenaza nos remitimos a lo dicho en relación con la intimidación en las agresiones sexuales. Debe tratarse de una amenaza seria o por lo menos creíble y capaz de ser llevada a cabo por el que la realiza. Naturalmente, ello implica un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso, edad y psicología de la

víctima, etc. Evidentemente, no es lo mismo amenazar con no dar sobresaliente a un alumno que amenazarle con suspenderlo; o amenazar a una persona con un despido que amenazarla con no aumentarle el sueldo, cuando ello es potestativo del que profiere la amenaza. En muchos casos puede darse una amenaza implícita («anuncio expreso o tácito»), que es más difícilmente incluible en el concepto genérico de amenazas, pero que generalmente, en el ámbito de las relaciones verticales o jerarquizadas, puede tener el mismo efecto intimidante.

Véase, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Castilla-León de 29 de mayo de 2002, «caso Nevenka Fernández»: Alcalde que, terminada su relación sentimental con una concejal del Ayuntamiento, insiste en continuarla y, a la vista de la negativa de ella, la trata de forma despreciativa y la margina políticamente. También en la sentencia de 21 de septiembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Murcia se considera acoso la conducta del jefe que propone a una empleada que «tenga media hora tonta con él y que entonces tendría contrato de trabajo». Sin embargo, es más difícil que se dé esta situación en condiciones de igualdad, acoso horizontal o ambiental, como la enjuiciada por la STS de 23 de junio de 2000: vigilante de seguridad que acosa sexualmente a una guardia de seguridad de la misma empresa, criticada, con razón por Gómez Rivero, p. 6, por aplicar el art. 184,2. Orts Berenguer/ Suárez-Mira, p. 173, advierten de las dificultades de prueba de este delito.

2º) El art. 184,3 impone en los supuestos previstos en el párrafo 1 la pena de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses, y en los previstos en el párrafo 2 la de prisión de seis meses a un año, «cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación» (cfr. art. 180,1,3ª).

El Parlamento Europeo ha aprobado en junio de 2002 la modificación de la Directiva 76/207/CE, dirigida a establecer en toda la UE una misma definición de acoso sexual, describiéndolo como «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona, y en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

CAPÍTULO IX

Delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ACOSTA PATIÑO, *Proxenetismo,* Madrid 1983; el mismo, *De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía,* RDPC 1992; ALONSO DE ESCAMILLA, *Reflexiones sobre los nuevos delitos de exhibicionismo y provocación sexual,* Revista Jurídica de Castilla-La Mancha 1989; BOIX REIG, *Delitos relativos a la prostitución [arts. 452 bis a), párr. 2.º y 452 bis b)],* en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; BUENO ARÚS, *Los delitos relativos a la prostitución en el Código penal,* Policía Española 1963; CUELLO CALÓN, *Tres temas penales,* Barcelona 1955; DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras,* Barcelona 1982; DÍEZ SÁNCHEZ, *Diferencias entre delito y falta en la configuración de los tipos de escándalo público,* Anales de la Universidad de Alicante 1983; el mismo, *Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual,* CPC 1989; GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución,* Madrid 1992; GONZÁLEZ RUS, *El art. 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil,* ADP 1979; JIMÉNEZ ASENJO, *Escándalo público,* NEJ VIII, 1956; el mismo, *Abolicionismo y prostitución,* Madrid 1963; LANDROVE DÍAZ, *Rufianismo,* en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; LIDÓN CORBI, *La regulación de las conductas relativas a la prostitución en el Código penal,* Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya 1984; MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público,* Madrid 1970; el mismo, *Proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública,* ADP 1981; MONTERO FERNÁNDEZ-CID, *El consentimiento de la víctima en los delitos cometidos en el ámbito laboral y en el mundo de la prostitución,* en El consentimiento. El error, CDJ 1993; MUÑOZ CONDE, en Muñoz Conde/ Berdugo Gómez de la Torre/ García Arán, *La reforma penal de 1989,* Madrid 1989; RODRÍGUEZ DEVESA, *Corrupción de menores,* NEJ V, 1953; RODRÍGUEZ RAMOS, *Doctrina jurisprudencial sobre las medidas del art. 444 del Código penal,* RDP 1978; ROMERO SIRVENT, *Política criminal de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual,* en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; SAINZ CANTERO, *El perdón del representante legal y guardador de hecho en la Ley 46/1978,* ADP 1978; SOBREMONTE MARTÍNEZ, *Prostitución y Código penal,* Valencia 1983.

Sobre el Código penal de 1995: AGUADO LÓPEZ, *El delito de corrupción de menores,* Valencia 2004; ALONSO PÉREZ, *Los nuevos delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores,* La Ley 2000; el mismo, *Los nuevos delitos de acoso sexual,* La Ley 2001; BLANCO LOZANO *Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y corrupción de meno-*

res. Perspectivas jurídico-incriminadoras ante el nuevo Código penal de 1995, CPC 1997; BOLDOVA PASAMAR, *El delito de exhibicionismo*, RDPC 2001; el mismo, *El delito de facilitar pornografía a menores o incapaces (art. 186 del Código penal)*, AP 2001; BORONAT TORMO, *Los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código penal*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; CORTÉS BECHIARELLI, *Código penal y prostitución*, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura 2001/2002; CUERDA ARNAU, *Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores*, en Delitos contra la libertad sexual, CDJ 1997; DÍEZ RIPOLLÉS, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación Europea*, RP 1998; DOLZ LAGO, *La prostitución infantil: criterios de actuación policial*, La Ley 1997; GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de corrupción de menores (art. 189.3)*, RDPP 2000; MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, Valencia 2001; PÉREZ CEPEDA, *Un ejemplo más de Derecho penal simbólico: el delito de corrupción de menores*, AP 2001; ROJO GARCÍA, *La realidad de la pornografía infantil en Internet*, RDPC 2001; SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos relativos a la prostitución*, RMF 1997; TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente a los abusos y explotación sexual. Bases para un debate*, Pamplona 2000; el mismo, *Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código penal de 1995*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; TORRES FERNÁNDEZ, *El delito de corrupción de menores*, CPC 1999; USTARÁN, E., *Pornografía en Internet: la respuesta legal*, La Ley 1997; VARIOS, *Inmigración y Derecho penal. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Laurenzo Copello (coord.), Valencia 2002; ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004.

DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL

La Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, introdujo en el anterior Código penal, en sustitución de los «delitos de escándalo público», los «delitos de exhibicionismo y provocación sexual», que se tipifican ahora, con algunas variantes, en el Capítulo IV del Título VIII (arts. 185 y 186). La reforma de 1999, aunque no modificó los tipos delictivos, introdujo para estos delitos la pena de prisión de seis meses a un año, si bien manteniendo como alternativa la de multa que, a su vez, ha sido modificada en noviembre de 2003 (sobre la regulación anterior a 1988, véase MUÑOZ CONDE, 6ª ed., pp. 365 ss.; y sobre la regulación de 1988, véase 10ª ed., pp. 446 ss., y MUÑOZ CONDE, 1989).

Las críticas a los antiguos delitos de «escándalo público» habían venido insistiendo tanto en la lesión del principio de seguridad y certeza jurídicas por la descripción de la acción típica («el que de cualquier modo ofendiera»), como por el empleo de conceptos tan vagos e imprecisos como «pudor o buenas costumbres» en el art. 431, o «moral pública» en el art. 432 del Código penal en su versión anterior a 1988. No es extraño que, al amparo de preceptos tan imprecisos en su forma y contenido, la jurisprudencia se convirtiera en auténtica fuente de creación del Derecho penal, imponiendo su particular visión del «pudor» o «buenas costumbres», o de «la moral pública», en una vana pretensión de proteger globalmente «la moral sexual colectiva» de cuya existencia se consideraba garante y, al mismo tiempo, intérprete. La rápida evolución experimentada durante los últimos años en materia de costumbres y comportamientos sexuales en la sociedad española dejaron pronto obsoleta una praxis jurisprudencial que había castigado por escándalo público «la publicación de una fotografía presentando a una artista de cine con un escote tan ancho, a la par que tan largo, que permite ver gran parte de su seno, así como la de otra artista de cine completamente desnuda en la parte superior de su cuerpo, aunque se cubra *perfectamente* el pecho con ambos brazos» (STS 6 julio 1968); y los actos de homosexualidad (masculina) a poco que los mismos hayan podido trascender a la colectividad, «aunque los vecinos tuvieron que mirar a través de las rendijas o agujeros de las ventanas cerradas por los homosexuales» (STS 29 abril 1978), o como consecuencia de la propia actuación policial (STS 21 abril 1980: «fueron sorprendidos por la Guardia Civil»). Todavía en épocas más recientes se consideró escándalo público el bañarse desnudo en una playa (STS 9 mayo 1984), y por órganos judiciales inferiores las efusiones amorosas excesivas en público de una pareja de novios (AP de Badajoz, 1986) o el tomar desnudas el sol en la playa (Juzgado de Instrucción, Chiclana, 1987).

La reforma de 1988 pretendió, sin duda, dotar de una mayor concreción a los nuevos tipos delictivos, no sólo cumpliendo el mandato de certeza y seguridad inherente al principio de legalidad, sino introduciendo en ellos nuevos elementos capaces de delimitar el contenido material con mayor precisión de lo que lo hacían los viejos conceptos de «pudor», «buenas costumbres» y «moral pública». Otra cosa es que lo consiguiera plenamente.

Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, tal como se configuran en el Código penal de 1995, son, ante todo, conductas en las que el autor trata de involucrar a un menor o incapaz en actos de naturaleza sexual que pueden incidir negativamente en su «indemnidad sexual», es decir, perjudicar la evolución o desarrollo de su personalidad, en el caso del menor; o excitar indebidamente su sexualidad, en el caso del incapaz. Pero para concretar cuáles son estos actos, se utilizan conceptos como «obsceno» o «pornográfico» que sólo pueden entenderse en relación con determinadas pautas morales con-

vencionales que disciplinan el comportamiento sexual de las personas; lo que denominamos en el capítulo anterior *moral sexual social*. Es, en efecto, difícil de interpretar el concepto de «obsceno» sin referencia a criterios culturales o sociales impregnados de contenidos morales. E igualmente se hace difícil interpretar el concepto de «material pornográfico» sin referencias a un criterio, por lo demás tan relativo y cambiante, como es la concepción social dominante de lo que se entiende por «pornografía». Aunque supone un avance notable en la línea de individualización del bien jurídico en estos delitos limitarlos a los casos en que las víctimas sean menores o incapaces, las acciones típicas mismas no pueden, sin embargo, ser calificadas como tales si no se tienen en cuenta esos conceptos normativos procedentes de la moral sexual social, que sin llegar a constituir un bien jurídico autónomo sigue siendo una referencia imprescindible en la interpretación de estos tipos delictivos.

Ello, no obstante, debe insistirse, una vez más, en el *principio de intervención mínima del Derecho penal* que, en ningún caso, debe intervenir para reprimir hechos que no lesionan derechos de terceros o que carecen de «nocividad social». El Derecho penal debe abstenerse de intervenir en esta materia cuando el acto sexual en cuestión no lesione o ponga en peligro gravemente la indemnidad sexual de los menores o incapaces.

A) DELITO DE EXHIBICIONISMO

> Art. 185: «El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

Tipo objetivo

Por «actos de exhibición obscena» debe entenderse el concepto de «*exhibicionismo*» acuñado por la Psiquiatría y la Criminología, que evoca un tipo de autor, generalmente con problemas de desequilibrio mental, que realiza actos de exhibición de sus órganos genitales a un extraño, con el propósito de alcanzar una excitación sexual, sin ánimo de llegar a tener relaciones con él. Se trata pues, de un concepto delimitado que en absoluto requiere la adición del calificativo «obsceno», pues el término obsceno evoca inmediatamente connotaciones de

«contrario al pudor o las buenas costumbres», que es precisamente lo que le da a este delito el componente moralista que lo hace cuestionable. Las razones de la incriminación del exhibicionismo pueden ser discutibles y de diversa índole, pero nunca apoyarse en criterios de moralidad pública o de obscenidad. El exhibicionismo puede ser castigado por su idoneidad para atemorizar a la víctima o incluso para posibilitar el tratamiento de los autores por la vía de la medida de seguridad postdelictual, bien complementaria, bien sustitutiva de la pena, pero no por su inmoralidad intrínseca, pues ello supondría tanto como resucitar la vieja teoría de la «anatomía moral del cuerpo humano», tan cara a nuestra antigua jurisprudencia. La exhibición de los órganos genitales no tiene por qué ser más desaprobada que la de otras partes de la anatomía, salvo que se realicen en un contexto sexual susceptible de afectar a algún bien jurídico de carácter individual, en este caso la «indemnidad sexual» de menores o incapaces.

Tiene, pues, razón Díez Ripollés (1982, pp. 560 ss.) cuando propone la penalización de la acción sexual provocadora por su idoneidad para lesionar la libertad sexual (incluyendo también en ella la indemnidad sexual), pero no por su obscenidad o inmoralidad.

Esta interpretación puede ser apoyada en la exigencia de que los *sujetos pasivos* de los actos de exhibición obscena sean menores de edad o incapaces, con lo que queda claro que no es la obscenidad como tal el objeto de punición de los actos de exhibición. De todas formas, debe reconocerse que en toda esta materia la prohibición penal no puede prescindir de determinadas connotaciones moralistas difícilmente comprensibles en un plano racional que hacen por ejemplo, incluso en los Tratados de Psiquiatría, privativo del sexo masculino el exhibicionismo y además de una determinada forma del órgano genital masculino («generalmente erecto»).

Para resolver el problema de laguna de punibilidad que podría resultar si se hubiere limitado la realización del tipo al ejecutar por sí mismo los actos en él descritos, se ha añadido el inciso «o hiciere ejecutar a otros», lo que supone la tipificación expresa de la autoría mediata.

Tipo subjetivo

Una ulterior restricción se deriva del carácter provocador de estos comportamientos, que constituye un elemento subjetivo de lo injusto consistente en la tendencia del autor a involucrar a la víctima con su

acción en un contexto sexual (así DÍEZ RIPOLLÉS, 1982, pp. 497-501). El error vencible sobre la edad del menor o la incapacidad del adulto determina la imprudencia, que no es punible en este delito que sólo admite la comisión dolosa.

Con la exigencia de un elemento subjetivo específico en el tipo de injusto («tendencia provocadora») quedan excluidos del ámbito de este delito actos que, objetivamente, pueden ser considerados como exhibición de órganos genitales, pero no de «exhibicionismo», ya que normalmente se realizan sin intención de provocar sexualmente, como por ejemplo orinar en una vía pública, tomar el sol completamente desnudo en una terraza o azotea privada, etc.; obviamente, un elemento subjetivo de esta naturaleza sólo se puede deducir de las circunstancias concurrentes, lugar y hora en las que se produce la exhibición, si había en las cercanías algún centro escolar, menores o incapaces, etc.

Culpabilidad

Como ya se ha dicho, los autores de este tipo de delito suelen estar afectados por alguna clase de desequilibrio mental, constituyendo una personalidad psicopática habitualmente descrita en los manuales de Psiquiatría. Por eso, estas posibles alteraciones deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto exhibicionista, debiendo aplicarse, si procede, la correspondiente medida terapéutica, bien en sustitución de la pena (arts. 101 y ss.), bien como complemento de la misma conforme a los principios del sistema vicarial acogido en los arts. 99 y 104.

B) DIFUSIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

> Art. 186: «El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de 12 a 24 meses».

Tipo objetivo

Las connotaciones morales a las que antes aludíamos respecto al término «obsceno» vuelven a surgir a la hora de interpretar el de «material pornográfico» a que se refiere el art. 186. El concepto mismo de «pornografía» no es nada pacífico en la bibliografía existente sobre el tema. Si por tal se entienden las representaciones de carácter

sexual a través de escritos, objetos, medios audiovisuales, etc., que tienden a provocar o excitar sexualmente a terceros, no se alcanza muy bien a comprender por qué deben castigarse y cuál puede ser la nocividad social o de derechos individuales de tales comportamientos en relación con las personas adultas. La misma vaguedad del concepto de «pornografía» ha obligado a la doctrina a diferenciar entre pornografía «blanda» y pornografía «dura», entendiendo por tal aquellas representaciones sexuales que utilizan la violencia, el bestialismo o las relaciones sexuales con menores (para más detalles DÍEZ RIPOLLÉS, 1982). En este sentido, la utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos constituye el delito que veremos en el epígrafe siguiente, tipificado en el art. 189,1,a). Pero fuera de estos casos, la pornografía con y entre adultos no está castigada. Lo que castiga el art. 186 es la venta, difusión o exhibición del material pornográfico entre menores o incapaces.

Entiendo que el concepto de «material pornográfico», dentro de su ambigüedad, debe ser interpretado en relación con la rúbrica del Capítulo IV como un medio de provocación sexual, siendo indiferente, en principio, la forma que adopte. Lo mismo puede ser un escrito, que una estampa o un dibujo. Pero obviamente, bajo este concepto, así interpretado, pueden incluirse auténticas obras de arte o simplemente representaciones sexuales placenteras y nada desagradables de contemplar para nadie, incluidos menores o incapaces.

Una interpretación restrictiva del precepto puede lograrse al limitar el art. 186 el círculo de sujetos pasivos a los menores de edad o incapaces, ya que en este caso el «material pornográfico» debe ser, de algún modo, idóneo para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de personas inmaduras o incapaces de un cierto control de sus instintos sexuales. De todas formas, las polémicas despertadas no hace mucho, y aún hoy, con publicaciones como el «Libro rojo del cole», determinados programas de educación sexual en las escuelas, películas, exposiciones fotográficas, circulación de este material en Internet, etc., demuestran que tampoco hay unanimidad respecto a qué es lo que se entiende por «material pornográfico», y sobre hasta qué punto este concepto puede utilizarse para limitar la libertad de expresión. En todo caso, creo que la determinación del concepto de «pornografía» debe hacerse en función del contexto, teniendo en cuenta, entre otros factores, la edad y el nivel cultural del destinatario (críticamente respecto a esta interpretación, BOLDOVA PASAMAR, en Comentarios II, p. 463).

Una ulterior restricción se puede hacer en relación con la acción típica («por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere»), que exige una puesta en contacto directo con la víctima, excluyéndose las labores de edición, impresión, grabación o análogas y cualquier clase de publicación de material pornográfico que no llegue al contacto directo con menores o incapaces.

Tipo subjetivo

Entendiendo el delito previsto en el art. 186 como un acto de «provocación sexual», es preciso un ánimo lascivo o tendencia a involucrar al menor o incapaz en un contexto sexual.

Cabe, sin embargo, el error sobre el sujeto pasivo, que determinaría la impunidad, al no ser punible la imprudencia. Lo mismo cabe decir si el material pornográfico llega a manos del menor o incapaz por casualidad, imprudencia de alguien, etc.

Causas de justificación

Aunque parece difícil concebir causas de justificación en estos hechos, hay que tener en cuenta la ambigüedad del concepto de material pornográfico, que sólo puede ser «tabuizado» para menores o incapaces en la medida en que incida negativamente en su desarrollo o comportamiento. De ningún modo puede considerarse que la «educación sexual» constituye este delito, aunque, en algunos casos, los medios utilizados en la misma sean discutibles o incluso demasiado avanzados para la edad de los niños (el llamado «privilegio del educador»). De todas formas, muchos de estos supuestos pueden ser excluidos del ámbito penal si no se demuestra en el tipo subjetivo el ánimo de provocación sexual.

DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y LA CORRUPCIÓN DE MENORES

La prostitución en sí misma no es delito. Es una lacra social tan vieja como la Humanidad y que hasta ahora no ha podido ser totalmente abolida, pese a los muchos intentos de prohibición que han existido y existen en muchas ocasiones. Más o menos oficialmente se admite y tolera dentro de ciertos límites, aunque incluso a escala internacional existen acuerdos para reducirla al máximo y castigar algunas conductas concomitantes a la prostitución.

Nuestra legislación es, desde el Decreto Ley de 3 de marzo de 1956, abolicionista. En dicho Decreto se declara «tráfico ilícito» la prostitución y se prohíben y clausuran «en todo el territorio nacional las mancebías y casas de tolerancia» (arts. 1, 2 y 3). Pero desde el punto de vista jurídico-penal no se eleva a la categoría de delito la prostitución en sí misma, sino sólo algunos hechos relativos a ella.

Los delitos relativos a la prostitución se tipifican en el Capítulo V del Título VIII. Todos estos delitos tienen el denominador común de estar referidos a un mismo hecho: la prostitución. Por prostitución debe entenderse el trato sexual por precio. El Código se refiere tanto a la prostitución femenina como a la masculina, clasificándose los tipos delictivos según recaigan sobre menores de edad o incapaces, o sobre personas mayores de edad. Sin embargo la reforma de 1999 incluyó en este Capítulo, extendiendo así enormemente el ámbito de intervención del Derecho penal en esta materia, los delitos relativos a la corrupción de menores, concepto que no coincide exactamente con el de prostitución, como tampoco encajan en este concepto algunos de los delitos introducidos por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (véase *infra*).

A) Prostitución de menores de edad o incapaces

Aunque esparcidos en varios preceptos del Capítulo V, los delitos relativos a la prostitución de menores de edad o incapaces tienen en común la referencia a estos sujetos pasivos. El bien jurídico protegido es, por tanto, común a todos ellos, en cuanto se trata de proteger, en el caso del menor de edad, una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad; y, en el caso del incapaz, que no sea convertido en objeto o mercancía para satisfacer el instinto sexual de terceros. Obviamente, el punto de partida es la desaprobación de la prostitución en sí misma, pues de lo contrario carecería de sentido el castigo de los hechos que se describen en estos tipos penales. Pero, a diferencia de lo que sucede con los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad, en éstos no es necesario ningún ataque a la libertad del menor, que, caso de darse, permite la apreciación del tipo cualificado del art. 188,3; pueden darse también aunque el menor o incapaz esté de acuerdo en prostituirse o esté ya prostituido.

Sujeto activo puede ser cualquiera que realice alguna de las conductas descritas en los respectivos tipos, aunque en el caso del delito

previsto en el art. 189,5, sujeto activo sólo puede serlo el que tenga bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento al menor de edad o incapaz, lo que convierte este delito en un delito especial.

Todos los delitos relativos a la prostitución de menores e incapaces exigen en el *tipo subjetivo* el conocimiento por parte del sujeto activo de que la persona que se prostituye es menor de edad o incapaz. Este conocimiento, como sucede siempre con este tipo de elementos subjetivos (cfr. *supra* capítulo anterior), puede ser deducido de indicadores externos tales como las relaciones previas entre los sujetos, circunstancias del lugar donde se practique la prostitución, etc. Lo que parece absurdo es que se exija que, cuando alguien entra en un establecimiento público donde se practica la prostitución, pida el carné de identidad a los que allí se encuentran ejerciéndola antes de llevar a cabo cualquier acto de carácter sexual, cumpliendo más funciones de policía que de cliente. En todo caso, al no estar prevista la punibilidad de la comisión imprudente, el error del sujeto activo sobre la edad o la situación de incapacidad determina la irrelevancia penal del hecho (véase, por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 19 marzo 1998: «caso Arny»).

Veamos las distintas figuras delictivas.

a) Participación en la prostitución de un menor de edad o incapaz

> Art. 187,1: «El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

El principal problema interpretativo que presenta este delito es la cuestión de si debe incluirse en él a los clientes de los menores o incapaces ya prostituidos. La redacción de las conductas típicas permite su inclusión, ya que, al fin y al cabo, el cliente que paga promueve o favorece la prostitución o la continuación en la misma. Tal interpretación (que rechazaba en la 11ª ed., p. 208) ha sido indirectamente reforzada con la introducción con la reforma de 1999 en el art. 189,1,a) de la expresión «o financiare cualquiera de estas actividades» (véase *infra*), ya que si se puede incluir en este delito también a quien asiste, pagando (no gratuitamente), a un espectáculo exhibicionista o pornográfico en el que intervienen menores o incapaces, de algún modo se puede entender que también se puede castigar, como acto de favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces, el hecho de pagar al menor o incapaz prostituido (en contra, véase STS 12 abril 1993). La Junta General de la Sala 2ª del Tribunal Supremo acordó el 12 de febrero de 1999 que el ofrecimiento de dinero por parte de un adulto puede considerarse suficientemente influyente para determinar al menor, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de éste y la naturaleza de los actos. En la misma línea, la STS de 9 de diciembre de 1999 («caso Arny»; cfr. GRANADOS, Acuerdos, pp. 84 s.).

Como ya se ha puesto de manifiesto *supra*, cuando se trata de menores o incapaces constituye delito participar en (inducir, promover, favorecer o facilitar) su prostitución. A diferencia de lo que ocurre respecto a la prostitución de mayores de edad, no se requiere aquí atacar la libertad del menor o incapaz. Sin embargo, si se da este ataque, es decir, si se determina a un menor o incapaz a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, el art. 188,3 prevé la imposición de las penas superiores en grado a las previstas en relación a la prostitución de mayores de edad en los dos apartados anteriores. También es aplicable esta pena agravada en casos de proxenetismo respecto a menores o incapaces (véase *infra* C).

b) Utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y difusión de material pornográfico en cuya elaboración han sido utilizados menores o incapaces

Tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el art. 189,1 establece que será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

> «a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.
> b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido».

En el art. 189,1,a), el círculo de posibles sujetos activos viene delimitado a los que «utilizaren» al menor de edad o al incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o financiaren esta actividad, por lo que quedan fuera del tipo los que asisten gratuitamente (sin pagar) a tales espectáculos.

Teniendo en cuenta la interpretación que se ha propuesto en el epígrafe anterior del concepto de pornografía, dentro de la misma hay que incluir la utilización de menores o incapaces en actos de provocación sexual. Respecto al material pornográfico se castiga no sólo a quien usa al menor o incapaz para elaborarlo y a quien lo produce, vende, distribuye, exhibe o facilita su producción, venta, difusión o exhibición, sino también (y tras la reforma de 2003, con la misma pena que las conductas anteriores) a quien «lo poseyere para estos fines».

La reforma de 25 de noviembre de 2003 ha introducido en el apartado 3 del art. 189 las siguientes cualificaciones:

> «Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
> a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.
> b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
> c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.
> d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.
> e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
> f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz».

c) La punición de la posesión de material pornográfico

La reforma de noviembre de 2003 castiga ahora expresamente en el art. 189,2 la posesión de material pornográfico elaborado con menores o incapaces, aun sin la finalidad de posterior distribución, venta, exhibición, etc.:

> «El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años».

Con ello, el legislador invade la privacidad hasta unos niveles difícilmente compatibles con el derecho constitucional a la intimidad y criminaliza una conducta que, por inmoral que parezca, no afecta directamente al bien jurídico protegido en este precepto, indemnidad o intangibilidad sexual del menor o incapaz. Ciertamente, de un modo indirecto el consumidor del material pornográfico en el que se haya utilizado a menores o incapaces favorece las conductas descritas en el epígrafe b) del apartado 1, igual que el consumidor de drogas ilegales favorece el tráfico de las mismas, pero igual que en este caso las conductas de mero consumo no deben ser castigadas. El hecho de que la pena de prisión sea menor que en el apartado anterior, y que quepa alternativamente la aplicación de una multa de seis meses a dos años, demuestra que el legislador tampoco equipara la conducta de posesión con fines de difusión y la posesión para uso privado; la decisión legislativa de castigar también esta última infringe el principio de intervención mínima, y la prueba procesal de su supuesto de hecho puede incurrir fácilmente en una lesión del derecho fundamental a la intimidad domiciliaria (¿bastará la sospecha de que alguien tiene este tipo de material en su casa para su uso privado para justificar una orden de allanamiento y registro? ¿qué cantidad se considerará que excede del simple uso y constituye ya posesión para el tráfico?).

d) La producción o difusión de material pornográfico virtual

Idénticas reservas desde el punto de vista del bien jurídico protegido en este precepto, si no aún mayores, plantea el apartado 7 de este artículo 189, que castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años al que «produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada». En este caso ni siquiera es afectada la indemnidad sexual de un menor o incapaz, castigándose directamente la pura alteración gráfica o auditiva, lo que literalmente interpretado puede llevar a la punición de la utilización de imágenes virtuales sin ninguna base real. ¿No estamos aquí ante un «Derecho penal de autor» que penaliza la tendencia pederasta como tal, aun sin traducirse en actos que incidan directamente en el

menor o incapaz? (BOLDOVA PASAMAR, en Comentarios II, p. 567, considera que estamos aquí ante un delito de peligro abstracto).

e) Incumplimiento de deberes asistenciales

Tras la reforma de noviembre de 2003, que introduce la pena de prisión para esta conducta, dice así el art. 189,5 (antes 189,4):

> «El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses».
> El apartado 6 de este artículo prevé que el Ministerio Fiscal promoverá, en su caso, las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

Sujeto activo sólo puede ser el que tenga bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento al menor de edad o incapaz, lo que convierte este delito en un delito especial. Se trata, además, de un delito de comisión por omisión, que requiere el conocimiento de la situación de prostitución del menor o incapaz y la omisión de cualquier acción para impedir su continuación en tal estado o de recurrir a la autoridad, cuando se carece de medios para su custodia.

f) Disposición común

El art. 189,8 permite imponer, en todos los casos previstos en este artículo, las medidas previstas en el art. 129 si el culpable pertenece a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades (véase *infra* E).

B) Corrupción de menores o incapaces

La expresión «corrupción» se emplea en la rúbrica del Capítulo V, pero su contenido no se define expresamente, por lo que habrá que obtenerlo por eliminación de los casos del mismo Capítulo V en los

que se tipifican conductas delictivas específicas en relación con menores o incapaces, como son el favorecimiento de la prostitución (art. 187,1) y la utilización de los menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189,1,a). Pero fuera de estos casos, y de los constitutivos de agresión, abuso, acoso, exhibicionismo o provocación sexuales, se hace difícil imaginar otros de «corrupción» que merezcan ser objeto de sanción penal. La reforma de 1999 introdujo, sin embargo, una cláusula general en el art. 189,3 que castigaba con pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses al que «haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste». La reforma de noviembre de 2003 mantiene este precepto (que ahora pasa a ser el art. 189,4) y suprime la pena alternativa de multa. En cualquier caso, tanto antes como ahora la indeterminación del precepto es evidente y la inseguridad jurídica que provoca aún mayor. El legislador, en su afán por no dejar ningún hueco a la protección penal de la «indemnidad sexual» a la que alude en la Exposición de Motivos de la reforma de 1999 y en la rúbrica del Título VIII, ha dejado en manos del juzgador una peligrosa arma, que éste puede utilizar como último recurso para castigar penalmente cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente previstos en los otros delitos, deba ser castigado. El precepto puede ser considerado incluso como inconstitucional por infracción del principio de legalidad.

C) Prostitución de personas mayores de dieciocho años

> Dice el art. 188,1: «El 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, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma».

En el caso de la prostitución de mayores de edad, la única razón de la incriminación de los hechos que la favorezcan es que se ataque la libertad sexual de la persona que se prostituye, obligándola a practicarla. La acción típica puede llevarse a cabo bien por empleo de violencia o intimidación, bien mediante engaño, bien abusando de una

situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad. Pero algunas de estas acciones aisladamente consideradas pueden subsumirse también en las agresiones o abusos sexuales, con los que, como dispone el apartado 4 de este mismo artículo, se establecerá el correspondiente concurso de delitos. Igualmente cabe apreciar delitos de agresiones sexuales cuando la persona ejerza voluntariamente la prostitución, pero por las razones que sea no quiere tener relaciones sexuales con una determinada persona que, sin embargo, la fuerza a ello: la práctica voluntaria de la prostitución no quiere decir que la persona prostituida esté ya obligada a tener relación sexual en contra de su voluntad con todo el que pague el precio. En el caso de engaño no existe este delito cuando no se le paga lo convenido, aunque sí estafa. Si, por el contrario, el engaño recae sobre el ejercicio de la prostitución misma (a la persona se le dice, por ejemplo, que va a trabajar de camarera, pero después, cuando no tiene alternativa, se le dice que tiene que tener relaciones sexuales con los clientes, como parte de su trabajo), sí es aplicable el art. 188. La retención en la práctica de la prostitución puede constituir unas detenciones ilegales que entrarían en concurso con el delito relativo a la prostitución.

El tráfico ilegal de personas con propósito de explotación sexual se tipifica ahora, tras la reforma de 29 de septiembre de 2003, como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (cfr. *infra* capítulo XIV).

Proxenetismo. La reforma de 29 de septiembre de 2003 ha introducido en el apartado 1 del art. 188 el delito de proxenetismo: «el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma». La reintroducción del delito de proxenetismo plantea problemas de compatibilidad con el «Derecho penal de acto», pues parece que con él se pretende penalizar más una forma de vida o un tipo de autor (el «chulo» o «proxeneta») que hechos concretos. La irrelevancia del «consentimiento» de la persona prostituida hace aún más recusable el precepto pues, en un afán desmedido de paternalismo jurídico, sitúa a ésta en unos niveles próximos a la inimputabilidad o a la incapacidad de obrar, lo que ciertamente puede darse en algún caso, pero no en la mayoría de ellos. De la redacción del precepto y de su ubicación en relación con la prostitución de adultos parece desprenderse que el proxenetismo no es punible en relación con la prostitución de menores o incapaces, lo que no dejaría de ser contradictorio, pero del apartado tercero del art. 188, que remite a los dos anteriores, se deduce que también es punible (en contra García Pérez, en Comentarios II, p. 497). Tal como está redactado, el proxenetismo se castiga de forma independiente a las conductas tipificadas en el inciso anterior limitadoras de la libertad mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, lo que, en principio, permite establecer un concurso entre el proxenetismo y estos delitos

(en contra García Pérez, en Comentarios II, p. 499, quien propone además una interpretación restrictiva del tipo, excluyendo a los que simplemente facilitan un local —«tercería locativa», en la terminología tradicional—, a familiares, mediadores esporádicos —«celestinas»—, etc.).

D) Cualificaciones por prevalimiento de la función pública y reincidencia internacional

– La realización de las conductas delictivas prevaliéndose de la condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público determina en el caso de los delitos relativos a la prostitución de menores e incapaces la aplicación de la pena de prisión establecida en el 187,1 en su mitad superior y además la inhabilitación absoluta de seis a doce años (art. 187,2); y en el caso de los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad, la inhabilitación absoluta de seis a doce años, además de las penas de prisión y multa del art. 188,1 en su mitad superior (art. 188,2).

– Respecto a la reincidencia internacional, el art. 190 dice: «La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia».

E) Cualificación por pertenencia a una organización o asociación

En los arts. 187,3 y 189,3,e) se impone la pena superior en grado a las correspondientes a los delitos de participación en la prostitución de menores o incapaces y de utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o difusión de material pornográfico elaborado con menores o incapaces, «cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

La cualificación introducida en la reforma de 1999 está plenamente justificada. Uno de los ámbitos donde suele presentarse el fenómeno de la delincuencia organizada es en relación con los delitos relativos a la prostitución. Las organizaciones criminales en esta materia tienen, además, ramificaciones que van más allá de las fronteras estatales. La internacionalización de la lucha contra este tipo de delincuencia ha llevado a que incluso se aplique el principio de Justicia universal (art. 23,4 LOPJ) y a que, como hemos visto en el epígrafe anterior, se le

dé relevancia a los efectos de apreciar la reincidencia a las condenas de los Tribunales extranjeros. La cualificación se reserva, sin embargo, a los delitos de prostitución y utilización para espectáculos pornográficos de menores o incapaces. El concepto de «asociación» coincide con el de asociación ilícita del art. 515, es decir, debe tratarse de un conjunto de tres o más personas organizadas, aunque sea de forma transitoria, para llevar a cabo estos delitos (sobre el concepto de asociación ilícita, cfr. *infra*, capítulo XXXV). El concepto de «organización» es más impreciso, aunque por razones de seguridad jurídica debe interpretarse como equivalente al de asociación (cfr. *infra* capítulo XXVIII, en relación con el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas).

Tras la reforma de septiembre de 2003, si se da esta circunstancia de pertenencia a sociedad, organización o asociación en cualquiera de los delitos previstos en el art. 189, el art. 189,8 permite imponer las consecuencias accesorias del art. 129 (previsión mucho más amplia que la que recoge el art. 194, que sólo permite la clausura del establecimiento o local, véase *infra*).

DISPOSICIONES COMUNES

En el Capítulo VI del Título VIII se recogen una serie de disposiciones sobre diversos aspectos, que atañen a todos o a algunos de los delitos contenidos en dicho Título. Pueden clasificarse como siguen:

a) Cualificación común a todos los delitos del Título

Art. 192: «1. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior. No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años».

b) La denuncia del ofendido o de su representante legal como condición objetiva de perseguibilidad y la irrelevancia del perdón

Art. 191: «1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.
2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

Tradicionalmente, estos delitos se han considerado delitos privados y sólo por previa denuncia (condición objetiva de perseguibilidad) de las personas directamente afectadas por los mismos podían perseguirse. Este carácter se mantiene en parte en el art. 191,1 y, en principio, cuando la víctima sea plenamente capaz es ella la que decide, mediante su denuncia o querella, si los hechos se persiguen o no. Ello puede dejar muchos de estos delitos en la «cifra negra», e incluso sin castigo lo que a todas luces debe castigarse; pero esta «privatización» de la acción penal no sólo es coherente con la conceptuación del bien jurídico protegido en estos delitos como delitos contra la libertad sexual, sino también con el derecho a la intimidad, que puede verse afectado cuando los hechos trascienden. Sin embargo, este carácter privado no debe ser un obstáculo para la persecución penal cuando dichos delitos afectan a menores o incapaces. En estos casos podrán denunciar los hechos su representante legal o el Ministerio Fiscal.

La posibilidad de que la víctima de estos delitos pueda después perdonar al autor, dejando sin efecto la sanción penal o suspendiendo el proceso, fue ya suprimida en la reforma de 1989. El legislador exige la denuncia del agraviado para poder proceder, pero una vez presentada ésta, el proceso penal debe seguir hasta el final y la sanción que, en su caso, se imponga, debe cumplirse. Con esto se evita una de las principales lacras que tenía antes la «privatización» de estos delitos, que se convertía en fuente de chantajes, aunque nada impide, por lo menos en el caso de personas capaces, que luego en el momento de su testimonio en el proceso nieguen que fueron víctimas de un ataque a su libertad sexual, por lo que habrá muchas veces que investigar hasta qué punto no se comete un delito de obstrucción a la Justicia (cfr. *infra* capítulo XXXIX, art. 464).

c) Responsabilidad civil

Art. 193: «En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos».

La responsabilidad civil a que pueden dar lugar estos delitos se determina de acuerdo con lo previsto en el Título V del Libro I. Pero a veces los delitos sexuales tienen consecuencias como el embarazo y el nacimiento de hijos, de ahí que el art. 193 se refiera expresamente a estas consecuencias en orden a la responsabilidad civil. El ámbito de aplicación del art. 193 debe restringirse, sin embargo, a aquellos casos en los que el sujeto pasivo sea mujer.

d) Clausura de locales

> Art. 194: «En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este Título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar».

DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

CAPÍTULO X

Descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración del quebrantamiento del secreto profesional. Allanamiento de morada

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BACIGALUPO ZAPATER, *¿Necesita el Derecho español un delito de indiscreción?*, PJ 1989; BAJO FERNÁNDEZ, *Relevancia penal de la denuncia del empleado contable a la Hacienda Pública de las anomalías en la contabilidad de su principal*, ADP 1978; el mismo, *Derecho Penal Económico*, Madrid 1978; el mismo, *El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal*, ADP 1980; el mismo, *Límites del secreto bancario*, Papeles de Economía española 1980; el mismo, *Protección del honor y de la intimidad*, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; BARONA VILAR, *Entrada y registro en el lugar cerrado*, CPC 1995; BOIX REIG, *Protección jurídico-penal de la intimidad e informática*, PJ núm. especial IX, 1989; CARMONA SALGADO, *Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen*, CPC 1995; CASTIÑEIRA PALOU/ FELIP SABORIT, *Secreto de las comunicaciones y Derecho Penal*, RJCat. 1989; COBO DEL ROSAL, *Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro*, ADP 1971; CÓRDOBA GRACIA, *El secreto profesional de los periodistas*, RGD 1992; CUADRADO RUIZ, *Interceptaciones telefónicas y nuevas tecnologías*, CJ 1992; DE SOLA RECHE, *La protección penal de la intimidad informática*, Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna 1991; el mismo, *Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente VIH*, Derecho y Salud 1995; DE VEGA RUIZ, *La escucha telefónica en España*, La Ley 1984; DE VICENTE REMESAL, *Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos*, PJ 1990; GALLARDO RUEDA, *Tutela penal del derecho a la intimidad*, CPC 1994; GARCÍA ARÁN, *Libertad de expresión y tutela penal de la intimidad*, en La libertad de expresión y el Derecho penal, CDJ 1993; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona 1983; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *El Derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales*, en Estudios penales, Barcelona 1984; GÓMEZ PAVÓN, *La*

intimidad como objeto de protección penal, Madrid 1989; el mismo, *La protección penal de la intimidad en el Código penal y en el Anteproyecto de Código Penal de 1992*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial*, Madrid 1974; GONZÁLEZ GUITIÁN, *Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas*, en Comentarios a la legislación penal VII, Madrid 1986; el mismo, *Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas*, PJ 1989; HIGUERA GUIMERÁ, *Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas en el Código penal español*, BIMJ 1986; JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, en Comentarios a la legislación penal VII, Madrid 1986; JORGE BARREIRO, Agustín, *El descubrimiento y revelación de secretos*, RDP 1982; LANDROVE DÍAZ, *Descubrimiento y revelación de secretos*, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela 1976; LIDÓN MONTÓN GARCÍA, *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión*, La Ley 1995; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba obtenida ilegalmente*, Madrid 1989; LUZÓN PEÑA, *Protección penal de la intimidad y derecho a la información*, ADP 1988 (también en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989); el mismo, *Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español*, PJ núm. especial XIII, 1990; MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia 1984; MANZANARES SAMANIEGO, *El art. 497 del Código penal*, ADP 1978; MORALES PRATS, *Delitos contra la intimidad: «privacy» y reforma penal en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983*, DJ 1983; el mismo, *Consideraciones en torno a una futura tutela penal del derecho a la propia imagen*, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; el mismo, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona 1984; el mismo, *Problemática jurídico-penal de las libertades informáticas en España tras diez años de vigencia de la Constitución de 1978*, EPC 1987/1988; el mismo, *Confidencialidad, intimidad e informática: la protección de los datos del paciente. Perspectiva penal*, en Jornadas de los derechos de los pacientes, INSALUD, Madrid 1992; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional*, La Ley 1983; PEÑA DE BENITO, *Comentario la colocación ilegal de escuchas telefónicas y el consentimiento expreso o tácito de uno de los interlocutores*, AJA 1995; POZA CISNEROS, *Agresiones penales al honor y a la intimidad*, en Intereses difusos y Derecho penal, CDJ 1994; PUIG PEÑA, *Descubrimiento y revelación de secretos*, NEJ VII, 1955; RODRÍGUEZ MARÍN, *Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad*, ADP 1990; RODRÍGUEZ RAMOS, *La protección de la intimidad en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (opciones sistemáticas y de contenido)*, RFDUC monográfico 6, 1983; ROMEO CASABONA, *La protección penal del software en el Derecho español*, AP 1988; el mismo, *El derecho a la intimidad en la sociedad actual*, Boletín Fundesco 1988; el mismo, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, PJ 1993; el mismo, *Intervención en la Comisión Mixta de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico*, Cortes Generales, Lunes 3 de abril de 1995; ROMEO CASABONA/ CASTELLANO ARROYO, *La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica*, Derecho y Salud 1993; SERRANO PIEDECASAS, *Consideraciones en torno a la protección penal del know-how*, ADP 1990; SOTO NIETO, *La motivación, la proporcionalidad y el control en las intervenciones telefónicas*, La Ley 1995; TORTRAS, *El delito informático*, en Informática y Derecho, Madrid 1989; VARIOS, *Delincuencia informática*, Mir Puig (edit.), Barcelona 1992; VELASCO NÚÑEZ, *Presencia y ausencia en materia de intervenciones telefónicas*, AP 1993; VIDAL MARTÍNEZ, *Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar*, RGD 1980; el mismo, *La protección de la intimidad de la persona en el Ordenamiento jurídico español*, Revista de Derecho Privado 1980.

Sobre el Código penal de 1995: ANARTE BORRALLO, *Los delitos de descubrimiento de secretos*, JD 2002; BAJARDÍ GÓMEZ, *El secreto profesional*, RMF 1997; BATISTA GÓMEZ, *Medios de comunicación y responsabilidad penal*, Madrid 1998; CARMONA SALGADO, *La intimidad como bien jurídico protegido*, en Comentarios a la legislación penal XVII, Madrid 1996; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, La Ley 1996; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, *Escuchas telefónicas: Planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial*, RGD 1996; ESCUDERO MORATALLA/ FRIGOLA VALLINA, *La cláusula del secreto profesional en el Código penal de 1995*, CJ 1996 (también en AP 1996); ESCUDERO RODAL, *El derecho a la intimidad de las personas con proyección pública*, La Ley 1996; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Estudio acerca del secreto profesional*, en Conflicto social y sistema penal, Madrid 1996; GALINDO, *Protección de datos e intimidad*, La Ley 1996; JAREÑO LEAL/ DOVAL PAIS, *Revelación de datos personales, intimidad e informática. (Comentario a la STS 234/1998, de 18 de febrero, sobre el delito del art. 197,2)*, La Ley 1999 (también en Homenaje a Valle, Navarra 2001); JORGE BARREIRO, Alberto, *El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)*, La Ley 1996 (también en Estudios sobre el Código penal de 1995, Parte Especial, EDJ 1996); LÓPEZ ORTEGA, *La protección de la intimidad en el nuevo Código penal*, CJ 1996; el mismo, *La intimidad como bien jurídico protegido*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; MARCHENA GÓMEZ, *Intimidad e informática: la protección jurisdiccional del habeas data*, BIMJ 1996; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La protección penal del secreto médico en el Derecho español*, AP 1996; MATA Y MARTÍN, *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid 2001; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Límites a la libertad de expresión*, en Conflicto social y sistema penal, Madrid 1996; MORALES PRATS, *Los delitos contra la intimidad en el Código penal de 1995: reflexiones político-criminales*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; el mismo, *La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código penal de 1995*, en Delitos contra la libertad y la seguridad, CDJ 1996; el mismo, *Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas*, en La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos), CDJ 1997; MORÓN LERMA, *Intención del agresor y ataque a la intimidad*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; MUÑOZ CONDE, *Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de*

conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos, RP 2004; el mismo, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, RP 2004; OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, Madrid 2001; PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y derecho*, Barcelona 1996; PRATS, J. M., *Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código penal*, en Delitos contra la libertad y seguridad, CDJ 1996; RUIZ MARCO, *Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Madrid 2001; SOTO NIETO, *El secreto profesional del abogado*, La Ley 1997; VARIOS, *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)*, CDJ 1997.

Sobre allanamiento de morada, véase *infra*.

En el Capítulo I del Título X (arts. 197 a 201), bajo la rúbrica «Del descubrimiento y revelación de secretos», se tipifican varios delitos que tienen como nota común el que en ellos se protege la voluntad de una persona de que no sean conocidos determinados hechos que sólo son conocidos por ella o por un círculo reducido de personas, es decir, que pueden ser calificados de *secretos*, y también el derecho de la persona a controlar cualquier información o hecho que afecte a su vida privada y, por tanto, a su *intimidad*. El descubrimiento y/o la revelación de esos secretos y de hechos relativos a la intimidad constituyen, pues, el núcleo de estos tipos delictivos.

La regulación penal de esta materia se inserta en un contexto más amplio en el que no sólo se brinda protección a los hechos que se consideran secretos, sino, de un modo más general, al derecho a la *intimidad*, que se configura así, además de como un derecho constitucional (art. 18,1 CE), como un bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal no sólo en los delitos recogidos en éste y en el siguiente Capítulo del Título X, sino también en otros lugares del Código, si bien en relación con otros bienes jurídicos como son los afectados por la infidelidad en la custodia de documentos o en la violación de secretos cometidos por funcionarios, o por la violación del secreto procesal por parte de abogados, procuradores y otras personas relacionadas con el proceso, de los que daremos cuenta más adelante (véanse *infra* capítulos XXXVI y XLI; sobre el descubrimiento de secretos empresariales, véase *infra* capítulo XXII).

El derecho a la intimidad se configura como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y más difíciles de delimitar y proteger por el Derecho penal. En realidad, la protección de este derecho aparece en el Derecho penal español a partir de su reconocimiento expreso en el art. 18 de la Constitución de 1978, incluyéndose una referencia a la misma en la reforma que en el Código penal anterior introdujo el delito de escuchas telefónicas (1984), pero no se le brindó un tratamiento autónomo, como bien jurídico específicamente protegido en algunos tipos delictivos, hasta el Código penal de 1995. De todos modos, en el propio art. 18 de la Constitución se garantiza el derecho «a la intimidad personal y familiar» junto con otros derechos como el derecho al honor y a la propia imagen (art. 18,1), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18,2) y al secreto de las comunicaciones (art. 18,3) con los que tiene algún parentesco, pero con los que no siempre coincide. De ahí que en el Código penal se regulen separadamente, en Título independiente, los delitos contra el honor (Título XI, cfr. *infra* capítulo siguiente), y en el mismo Título, pero en Capítulos independientes, los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (véase *infra* en este mismo capítulo) y los delitos contra el derecho a la propia imagen y el secreto de las comunicaciones.

A la vista de esta regulación penal se hace difícil precisar con nitidez el concepto de intimidad como bien jurídico protegido. En una primera aproximación, destaca en la intimidad un aspecto negativo, una especie de derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada, que pueden calificarse de secretos. Pero en una segunda acepción se concibe la intimidad como un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular. Este segundo aspecto es destacado por MORALES PRATS (en QUINTERO, Comentarios, p. 940), el Tribunal Constitucional (STC 254/1993) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 1999 (caso CESID) como especialmente importante para fundamentar la necesidad de sanción de la revelación de los bancos de datos almacenados informáticamente y de los datos de la vida privada cuyo conocimiento se ha adquirido de forma legítima, pero que no pueden ser revelados sin autorización del titular de los mismos. Tanto uno, como otro aspecto, son objeto de protección penal en este Título X, si bien de forma fragmentaria y referida sólo a aquellos aspectos más relevantes y, por tanto, más necesitados de protección penal.

La intimidad, junto con el honor y la propia imagen, es también objeto de protección civil, que puede ejercitarse directamente, independientemente de la vía penal, haya o no delito, a través de la 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 (art. 1º,2, redactado conforme a la Disposición final cuarta del Código penal de 1995).

La regulación de estos delitos en el Código penal es, en su afán por dotar a la intimidad de una protección superior a la que le brindaba el Código penal anterior, casuística y excesivamente prolija. La mayoría de los tipos delictivos se encuentran en el art. 197, conteniendo el art. 198 una cualificación para la autoridad o funcionario público que cometiera los hechos descritos en el artículo anterior, y dándole el art. 199 un tratamiento especial al descubrimiento de secretos por parte de personas relacionadas laboralmente o profesionalmente con el titular de los mismos. El art. 200 amplía la protección que brinda este Capítulo del Código a los datos reservados de las personas jurídicas y el art. 201 contiene una serie de disposiciones sobre la persecución de estos delitos.

I. LOS TIPOS DELICTIVOS DEL ART. 197

Art. 197: «1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.
3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.
Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.
4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.
5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.
6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años».

Para desarrollar el contenido de este artículo deben diferenciarse los diversos tipos delictivos en él contenidos y exponer finalmente algunas cualificaciones comunes.

A) SECRETOS DOCUMENTALES

En el inciso primero del art. 197,1 se castiga al «que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales».

Tipo objetivo

La acción consiste en apoderarse de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, en los que constan hechos que pueden calificarse de secretos o relativos a la intimidad de otro. El Tribunal Supremo considera también como «apoderamiento» la recepción, por error del empleado de Correos, de cartas destinadas a otras personas y que luego son abiertas (véanse SSTS 6 octubre 1967 y 25 noviembre 1969). El «apoderamiento» es tan fundamental, que si se pueden conocer los secretos documentales de otro sin llegar a apoderarse de sus documentos o efectos no existe este delito o, por lo menos, este tipo delictivo en concreto.

Basta con la intención de descubrir el secreto para consumar el delito, no siendo preciso que se llegue efectivamente a descubrir.

Sujeto activo puede ser cualquiera. Sujeto pasivo es el titular de los secretos reflejados en los documentos de los que se apodera el sujeto activo y que deben pertenecer también al titular de los secretos.

Como en la regulación anterior se hablaba sólo de secretos, se entendía que cuando los hechos contenidos en los documentos no se podían considerar como secretos no existía este delito. Sin embargo, el Tribunal Supremo ya mantuvo (STS 10 diciembre 1908) que el hecho de encontrarse una carta cerrada y abrirla y leerla constituye este delito, aun cuando lo que en ella se diga no pueda considerarse secreto, reiterando este criterio, aunque incidentalmente, en SSTS de 6 de noviembre de 1967 y 8 de marzo de 1974. Es indiferente la índole del secreto, público o privado, pero cuando los datos reservados se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, será aplicable el apartado 2 del art. 197; si se trata de secretos que afectan a la defensa nacional serán aplicables los delitos previstos en los arts. 598 y ss.; respecto a la revelación de secretos por funcionario, véanse arts. 413 y ss.; y respecto a la revelación por abogados y procuradores, véase art. 466. El art. 200 extiende la aplicación de este artículo a los datos reservados de personas jurídicas, «salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código» (véase *infra* capítulo XXII: descubrimiento y revelación de secretos de empresa).

Tipo subjetivo

Además del dolo, es decir, de la voluntad de apoderamiento de los documentos o efectos que puedan contener secretos, es necesario que el sujeto activo tenga la intención de descubrirlos, lo que constituye un especial elemento subjetivo del injusto, evidenciado en el art. 197 por el uso de la preposición «para». Si la intención es la de destruir los documentos vienen en aplicación los arts. 263 y ss. La intención de descubrir puede entenderse tanto como intención de revelar a otros como de saber para sí, por lo que el delito se comete también cuando el que se apodera de la carta se la entrega a un tercero sin leerla personalmente. Sin embargo, no es necesario para la consumación que tras el apoderamiento el secreto llegue efectivamente a descubrirse (en este sentido MANZANARES SAMANIEGO, p. 311; LOZANO MIRALLES, en Compendio, p. 207; MORALES PRATS, en QUINTERO, Comentarios, p. 945).

Antijuricidad

Tanto en esta modalidad del apartado 1 del art. 197, como en las demás tipificadas en todo el Capítulo pueden concurrir causas de justificación, como el ejercicio legítimo de un derecho como la libertad de información o los derivados de una investigación por razón de delito, que prevalecen sobre la intimidad siempre que se ejerzan dentro de los límites autorizados que existan en cada caso; aunque, como advierte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 1999 (caso CESID), no hay en esta materia una causa general de justificación que convierta en lícita «la más cruda forma de razón de Estado», por lo que sólo estará justificada la intromisión en la intimidad que se haga en la forma y de acuerdo a los cauces previstos legalmente, generalmente con intervención judicial. También el deber de denuncia se ha considerado como causa de justificación en algunos casos (cfr. SSTS 22 marzo 1962 y 8 marzo 1974). En todo caso, el descubrimiento de datos de la intimidad que no esté justificado no puede ser valorado como prueba (cfr. *infra* B).

B) INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

> El inciso segundo del art. 197,1 castiga al que «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro... intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación» con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

La intimidad va referida en este caso a las comunicaciones personales y a la propia imagen. La captación de cualquier comunicación oral solamente es típica si se utilizan «instrumentos o artificios técnicos». Del mismo modo hay que entender la expresión «interceptare» referida a las telecomunicaciones. Así, por ejemplo, el «barrido aleatorio» no dirigido a captar conversaciones concretas de personas determinadas que utilizan un teléfono móvil entraría también en el ámbito del precepto, pero quedan fuera de él otras formas de captación del sonido, como escuchar tras la puerta o escondido en algún lugar.

La transmisión, grabación o reproducción del sonido puede ser también ilegal, aunque la escucha sea legal. Piénsese en una conversación telefónica grabada por uno de los interlocutores, o en la confidencia grabada por quien la escucha o en la grabación de una conversación telefónica captada por casualidad.

Para la *consumación* no es suficiente con la instalación de los aparatos de interceptación o grabación, sino que es preciso, además, que se capte el sonido o la imagen. La reproducción o fotocopia de *fax*

puede entenderse incluida en la expresión «o cualquier otra señal de comunicación» (véase MUÑOZ CONDE, 9ª ed., p. 160). Igual que en la modalidad anterior, es necesario que se actúe «para descubrir los secretos de otro o vulnerar su intimidad».

Especial dificultad encierra aquí el *consentimiento* como causa de justificación en aquellos casos en los que hay varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación o al acto de intimidad. En este supuesto, el consentimiento de uno de los interlocutores no justificaría el hecho e incluso cabe coautoría o participación punible del interviniente en la conversación o en el acto íntimo que consiente en su grabación sin comunicárselo a los demás.

No cabe alegar el ejercicio legítimo de un derecho para conseguir un medio de prueba en un proceso y la información así obtenida tampoco es un medio de prueba admisible, salvo en los casos de autorización judicial expresa o los previstos en el art. 55,2 de la Constitución (cfr. STC 29 noviembre 1984 y STS 18 junio 1992; Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 26 mayo 1999; también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, p. 136).

> Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, incluso con autorización judicial, si ésta se da para un delito más grave y distinto del que luego se descubre, o en base a una denuncia anónima, no se puede admitir como prueba la información obtenida (cfr. STC 18 octubre 2003). Con mucha mayor razón debe rechazarse la licitud de la grabación y su valor probatorio cuando es realizada por un particular con fines extraprocesales o incluso delictivos (chantaje, injurias, etc.; cfr. MUÑOZ CONDE, 2003 y 2004; ROMEO CASABONA, en Comentarios II, pp. 770 ss.)

C) DESCUBRIMIENTO DEL SECRETO INFORMÁTICO

> En el apartado 2 del art. 197 se castiga con las mismas penas que las conductas tipificadas en el apartado 1 «al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

La característica principal de este precepto es que el objeto sobre el que recaen las distintas acciones en él tipificadas, «datos reservados de carácter personal o familiar de otro», se encuentran «registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado». La particularidad que el mismo encierra es que los datos referidos a la intimidad estén registrados de forma ordenada, normalmente a través de un mecanismo informático. De ahí que las conductas tipificadas no sólo se limiten a las consistentes en apoderamiento, utilización o modificación de los datos, sino que incluyen también el acceso a los mismos. Naturalmente el hecho queda justificado si hay autorización para llevar a cabo estas conductas (véanse LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y RD 1332/1994, de 20 de junio; para más detalles MORALES PRATS, 1987/1988 y 1992). La expresión «en perjuicio» indica un especial elemento subjetivo del injusto, no siendo preciso para la consumación del delito que efectivamente el perjuicio se produzca (cfr. MORÓN LERMA, p. 1626, quien critica la exigencia de este elemento subjetivo. La STS de 18 de febrero de 1999 considera que esta expresión no implica una especial tendencia o motivación; véase también JAREÑO LEAL/ DOVAL PAIS, 2001, pp. 1490 ss., quienes consideran que se trata de una exigencia objetiva de un resultado lesivo y que es compatible con el dolo eventual).

II. TIPOS CUALIFICADOS

Las penas previstas para los hechos tipificados en los apartados 1 y 2 del art. 197 son prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Pero en los apartados siguientes del mismo artículo se contienen una serie de cualificaciones en función de los siguientes criterios:

1. Por la divulgación

> «3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.
> Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior».

2. Por razón del sujeto activo

> «4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros,

soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior».

3. Por el carácter «sensible» de los datos

«5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior».

4. Por el fin lucrativo

«6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años».

5. Por el carácter de autoridad o funcionario público del sujeto activo

Art. 198: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años».

Esta cualificación es común a todas las modalidades previstas en el art. 197, pero su aplicación requiere que la autoridad o funcionario público actúe prevaliéndose de su cualidad como tal, pero «fuera de los casos permitidos por la Ley (y) sin mediar causa legal por delito». En esto se distingue de los delitos previstos en los arts. 534 a 536, que precisamente tipifican extralimitaciones de este tipo en la investigación de un delito («mediando causa por delito». Cfr. *infra* capítulo XXXVI y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 26 mayo 1999, caso CESID).

III. REQUISITOS PARA LA PERSECUCIÓN DE ESTOS DELITOS

Art. 201: «1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.
2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.
3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del artículo 130».

Una de las consecuencias del carácter eminentemente personal del bien jurídico intimidad es que la persecución de los delitos contra la misma (todos los previstos en el Capítulo I; por tanto, también los referidos a la revelación del secreto profesional, cfr. *infra*) queda supeditada a la voluntad de su titular, cláusula que se repite en otros lugares del Código penal (cfr. arts. 191, 215, 228), aunque aquí se añade la posibilidad de que los delitos contra la intimidad puedan ser perseguidos sin necesidad de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal cuando la comisión del delito afecte «a los intereses generales o a una pluralidad de personas», lo que lo emparenta más con delitos de carácter socioeconómico donde se contienen cláusulas semejantes (cfr. arts. 287 y 296). En todo caso, el perdón, en los supuestos previstos en el art. 130,5º, extingue la acción penal o la pena impuesta, lo que es difícilmente comprensible en el supuesto previsto en el apartado 2 del art. 201.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO DEL SECRETO PROFESIONAL

Art. 199: «1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años».

En el art. 199 se contienen dos tipos delictivos estrechamente relacionados entre sí: por un lado, la revelación de secretos ajenos llevada a cabo por una persona con una relación laboral o similar con el titular del secreto; por otro, la divulgación de secretos por parte de profesionales especialmente obligados al sigilo o reserva. Ambos delitos tienen bastantes semejanzas. Se trata de *delitos especiales*, ya que en ellos sólo pueden ser *sujetos activos* las personas que se mencionan en los respectivos apartados. En ambos casos es necesario que el secreto se conozca en virtud de la relación laboral o profesional, y es preciso, además, que lo divulgue o revele, ya que el conocimiento en sí no significa nada. Las diferencias entre uno y otro apartado radican en la clase de actividad que desarrolla el sujeto activo: si ésta es una relación laboral o se trata del ejercicio de un oficio (trabajador doméstico, secretaria), la menor pena que se prevé en el apartado 1 indica que la obligación de sigilo es menor que cuando se trata del ejercicio de una actividad profesional (médico, abogado, periodista, etc.) que tiene un Código deontológico y una normativa especial, de carácter disciplinario o colegial, que regula los deberes específicos de sigilo que incumben a la respectiva profesión. Éste será la mayoría de las veces el caso cuando se trate de profesiones reglamentadas, cuyo ejercicio requiere un título académico u oficial y la respectiva colegiación. En caso de intrusismo (cfr. art. 403) será aplicable, por tanto, el apartado 1. El delito del apartado 2 puede, además, entrar en concurso con la revelación de secretos del proceso en caso de abogados, procuradores y demás personas intervinientes en un proceso (cfr. art. 466), en la medida en que se afecte junto al secreto procesal a la intimidad de una persona.

Al carácter de profesional que debe tener el sujeto activo del apartado 2, hay que añadir que la propia relación entre el profesional y el sujeto titular del secreto obligue a éste a revelar sus secretos a aquél, es decir que convierta al profesional en «confidente necesario», que es lo que le da fundamento jurídico, y no simplemente moral, a la obligación de sigilo y reserva que constituye la base del delito previsto en el apartado 2. De aquí se deduce que hay que acudir a la reglamentación de la respectiva profesión para saber cuáles son estos deberes específicos de sigilo y reserva. A título de ejemplo, veremos algunas de las profesiones más afectadas por el secreto profesional (para un examen más detallado de estos y otros supuestos, véase MORALES PRATS, en QUINTERO, Comentarios, pp. 969 ss.).

a) En relación con los *abogados y procuradores,* hay que acudir a sus Estatutos (cfr., respectivamente, el arts. 32 y 42 RD 658/2001, de 22 de junio, y los arts. 2.2, 38.2.f) y 39.e) RD 1281/2002, de 5 de diciembre). En realidad, el deber de secreto profesional se deriva en este caso del derecho a la defensa consagrado en la Constitución como un derecho fundamental; el abogado o, en su caso, el procurador no puede, por tanto, revelar nada de lo que haya conocido directamente de su cliente, aunque ello pudiera beneficiarlo objetivamente (revelar, por ej., una impotencia que le impide cometer el delito de agresión sexual cualificada de que se le acusa) o aun cuando su silencio pueda perjudicar a la causa de la justicia (descubrir al verdadero culpable, evitar que un inocente sea condenado). Si los datos que le da el cliente se refieren a propósitos que éste tiene de delinquir en el futuro (por ej., atracar un banco para pagar la minuta), el deber de secreto profesional ya no parece tan vinculante y, desde luego, ya nada impide que pueda ser llamado como testigo respecto a tales hechos en el futuro, aunque siga siendo su abogado (cfr. art. 416,2º LECrim.).

b) Mayor complejidad tiene el *secreto médico*. Concebido originariamente, ya desde el famoso Juramento Hipocrático, como una especie de obligación y casi privilegio profesional, se le debe considerar hoy desde el prisma del derecho a la intimidad del paciente, siendo objeto de una amplia regulación tanto desde el plano deontológico y disciplinario profesional (Código de Deontología Médica, Estatutos Generales de la Organización Médica profesional), como desde aspectos particulares del ejercicio profesional (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; art. 10,3 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; art. 7 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica). Su revelación puede constituir, sin duda, el delito previsto en el apartado 2 del art. 199 del Código penal, excepto en algunos casos. La mayoría de estos casos en los que el médico o el personal sanitario no sólo no están obligados a guardar secreto, sino que están obligados a comunicarlo son los de declaración de enfermedades infecto-contagiosas y los relacionados con el deber de denunciar delitos, así como los supuestos en que actúa como perito cuando ha sido llamado en calidad de tal (arts. 259 y 262 LECrim.). Más discutible es la obligación del médico de testificar acerca de datos de la intimidad del paciente que conoce de su relación profesional con él. Al no haber aquí una normativa expresa como la que existe en el caso de los abogados,

un sector de la doctrina se inclina por considerar que tiene obligación de declarar en calidad de testigo respecto de lo que se le pregunte sobre el paciente cuando éste es acusado de un delito. La cuestión no puede resolverse, sin embargo, de un modo general, sin tener en cuenta las peculiaridades del caso concreto. La falta de una ley general que regule los casos en que, por razones de parentesco o secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, tal como prevé el art. 24,2 de la Constitución, obliga a recurrir a los principios generales que informan las causas de justificación. El derecho a la intimidad debe ser preferente sobre el deber de denunciar o testificar cuando se refiera a datos del pasado (por ej., el sujeto le ha confesado al psiquiatra que una vez violó a una mujer o mató a alguien), pero no cuando se refiera al comportamiento futuro del paciente (por ej., el paciente revela al médico que piensa matar a alguien, lo que efectivamente lleva a cabo). En principio, el médico puede, por tanto, negarse a actuar como perito en un juicio en relación con el estado mental de un paciente si su testimonio puede servir como prueba tanto para incriminarlo, como para eximirle de responsabilidad, salvo que éste le autorice a ello, y negarse a suministrar los datos que haya obtenido en su relación profesional con el paciente; pero ello no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias en caso de que esté en peligro la vida o los derechos fundamentales de otra persona.

Especialmente complejo es el problema de los *pacientes aquejados de SIDA*, en la medida en que dicha situación tiene para el afectado un alto nivel de estigmatización social, pero también, al mismo tiempo, lo convierte en una fuente de peligro de contagio de otras personas si no adopta las precauciones necesarias. Parece evidente que si este peligro de contagio es muy grande, por ejemplo, para otro personal médico que se ocupe del tratamiento o que de algún modo deba tener contacto con el portador, el médico debe advertir de esta situación a las personas en peligro, quedando amparada su revelación bien por la vía del estado de necesidad (primando el derecho a la salud de terceros sobre el derecho a la intimidad del seroportador), bien por la del cumplimiento de un deber de denunciar un delito (en el caso de que el portador contagie o con su conducta pueda contagiar voluntariamente a otros. Véanse Romeo/ Castellano, pp. 8 ss.; De Sola Reche, 1995, pp. 7 ss.). En algunos casos puede que, por la peculiaridad del ámbito donde se obtiene el dato, el médico tenga obligación de revelarlo al organismo oficial (Servicio Antituberculoso) o la empresa para

la que trabaja (por ej., a la casa de seguros con la que el particular va a suscribir un seguro de vida).

En definitiva, la posibilidad de revelar lícitamente el secreto médico profesional depende de la situación concreta en que se produzca el conocimiento de datos de la intimidad del paciente y del rol con el que el médico actúe: evidentemente no es lo mismo el nivel de sigilo que tiene el médico respecto a su paciente privado, que el que tiene el médico de una empresa, de una compañía de seguros o un médico forense. Igualmente, la especialidad es muchas veces determinante de un mayor deber de sigilo; así, por ejemplo, no es lo mismo el deber de sigilo que hay que tener respecto al diagnóstico de una enfermedad mental o una enfermedad venérea, que respecto a la reducción de una fractura de un dedo o la extracción de una muela. Esta diversidad de situaciones hace recomendable la creación de una ley que regule con detalle el problema o, por lo menos, los casos más conflictivos.

Por otro lado, es indiferente que el dato médico obre en el expediente del paciente o en la *historia clínica*, porque aunque en esta última haya siempre algo de la propia aportación intelectual del médico (diagnóstico, tratamiento, la percepción misma de los síntomas, análisis, radiografías, etc.), la relación de los datos que en la misma obran con la intimidad del paciente la convierten también en una parte de la intimidad de éste, sometida al mismo régimen que cualquier otro dato de la intimidad (cfr. Romeo/ Castellanos, p. 14).

> Dejando ahora al margen los datos que el médico conoce por su relación con el paciente y que darían lugar al delito de quebrantamiento de secreto profesional por parte del médico, el descubrimiento o revelación de *datos médicos* que se encuentren informatizados o incluidos en archivos o registros será castigado por el art. 197,2 en relación con el apartado 5 y, eventualmente, el 6, pues, en definitiva, la protección a la intimidad del paciente no presenta en esta materia ninguna particularidad.

c) Otro de los conflictos más frecuentes en esta materia surge del *secreto periodístico*. Hasta tal punto es importante en una sociedad democrática garantizar la confidencialidad de las fuentes de la información periodística, que el art. 20,1,d) de la Constitución consagra el secreto profesional en el ejercicio de la libertad de información. Más que de una protección al derecho a la intimidad se trata, sin embargo, de una protección del derecho a la información, que también tiene sus límites, la mayoría de ellos derivados de las necesidades de la defensa nacional en relación con materias legalmente calificadas (arts. 598 y ss. Cp), pero también del derecho a la intimidad cuando la informa-

ción publicada tenga su origen en un delito contra la misma (cfr. art. 197,3, párrafo 2). Tampoco el art. 262 LECrim. excluye al periodista de la obligación de denunciar algún delito público del que tuviera noticia, lo que, en todo caso, sería compatible con la posibilidad de no revelar las fuentes de la información. La falta de una ley que regule específicamente el secreto profesional de los periodistas deja, sin embargo, un amplio espacio a la especulación teórica y a la reflexión sobre los límites de los derechos fundamentales cuando colisionan entre sí (cfr. OTERO GONZÁLEZ, pp. 51 ss. La STS de18 de febrero de 1999 condenó a un periodista que publicó los nombres de dos presos, seroportadores, que trabajaban en la cocina, aunque apreció la eximente incompleta de ejercicio legítimo del derecho a la información; véase comentario a esta sentencia de JAREÑO LEAL/ DOVAL PAIS, 2001, pp. 1478 ss.).

d) El llamado *secreto industrial* o empresarial, que tiene una dimensión socioeconómica distinta a la de la intimidad que es la que aquí se protege, está protegido en los arts. 278 a 280, entre los delitos contra el orden socioeconómico que estudiaremos más adelante (cfr. *infra* capítulo XXII). Sobre el *secreto bancario*, véase BAJO FERNÁNDEZ, 1980, p. 165; sobre el secreto de detectives privados, eclesiásticos, etc., véase JORGE BARREIRO, Alberto, pp. 3 ss.).

ALLANAMIENTO DE MORADA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid 1993; GUALLART Y DE VIALA, *¿Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de allanamiento de morada?*, ADP 1981; JORGE BARREIRO, Agustín, *El allanamiento de morada*, Madrid 1987; LARRAURI PIJOÁN, *Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda*, CPC 1984; MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y seguridad*, Granada 1988; MARTOS NÚÑEZ, *Delitos contra la inviolabilidad del domicilio*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (artículo 191 del Código penal)*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; PELLISE, *Allanamiento de morada*, NEJ II, 1950; QUERALT JIMÉNEZ, *La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas*, REDC 1990; SANZ MORÁN, *Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada*, en Homenaje a Rodríguez Devesa, Madrid 1989; SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento de morada*, RGLJ 1968.

Sobre el Código penal de 1995: ARIAS EIBE, *La inviolabilidad de domicilio: Dimensión constitucional y protección penal*, La Ley 2001; BORJA JIMÉNEZ, *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, La Ley 1996; FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*, Madrid 1998; MATIA PORTILLA, *Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid 1997; VARGAS CABRERA, *Allanamiento del domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, RMF 1997.

El Capítulo II del Título X se dedica al «allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público». Se trata aquí de proteger el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18,2 CE) tanto de los particulares, en lo que se refiere a la morada (art. 202), como de las personas jurídicas (art. 203). En el art. 204 se contiene un tipo cualificado para la autoridad o funcionario público que cometiere estos delitos.

A) ALLANAMIENTO DE MORADA DE PARTICULAR

Art. 202: «1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses».

Bien jurídico protegido en este delito es, dentro del amplio campo que cubre la intimidad, el derecho a la *intimidad de la morada* que, más que en el art. 18,2 de la Constitución, encuentra reconocimiento, como una emanación específica del derecho a la intimidad, en el art. 18,1, en el que debe incluirse el derecho a la intimidad de la *morada*, que es un elemento común tanto al tipo básico, como al cualificado que seguidamente vamos a analizar y que no se confunde con el domicilio, concepto más restringido que, como veremos, se protege directamente en relación con las personas jurídicas, despachos u oficinas y establecimientos mercantiles en el art. 203 del Código penal. En este sentido BORJA JIMÉNEZ (p. 280) considera que el objeto de protección de este delito «es el derecho al mantenimiento de las pretensiones formales al respeto de la vida privada doméstica sin intromisiones físicas ajenas».

a) Tipo básico

Tipo objetivo

Sujeto activo es el particular; si fuera autoridad o funcionario en el ejercicio de su cargo existiría el delito del art. 534 (excepto en el caso del art. 204; véase *infra* y lo dicho al respecto en las detenciones ilegales, capítulo VI).

Elemento fundamental de este delito es el *concepto de morada*. Por tal se entiende el espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y que está destinado a actividades propias de la vida privada, propia o familiar. Si la morada está deshabitada no hay allanamiento de la misma con su ocupación, aunque sí puede haber, en su caso, un delito de ocupación de inmuebles del art. 245,2 (STS 13 febrero 1980; cfr., sin embargo, *infra*: causas de justificación). Sí cabe, en cambio, el allanamiento de morada cuando accidentalmente se encuentran ausentes sus moradores, porque están de vacaciones, de viaje, etc. (cfr. art. 241,2).

En el concepto de morada se incluyen las dependencias (cuadras, corrales, garajes, jardines, etc.), siempre que estén directamente conectadas con la morada, ya que el art. 20,4º admite la legítima defensa de las mismas, con lo que habrá que entender que la entrada indebida en ellas constituye un delito de *allanamiento de morada* (respecto al domicilio de personas jurídicas, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil, véase *infra* B). Es indiferente el título en base al cual el morador es titular de la morada (relación jurídico-formal: propiedad, usufructo, etc., o mera situación fáctica: precario, etc., en este sentido, Suárez Montes, pp. 10 ss.; Jorge Barreiro, pp. 55 ss. En contra, Sanz Morán, p. 329).

La *conducta típica* se describe en la Ley en los siguientes términos: «El particular que, sin habitar en ella, *entrare* en morada ajena o se *mantuviere* en la misma contra la voluntad de su morador».

a) «Entrar» significa pasar de fuera a dentro: introducirse en algunos de los espacios integrantes de la morada. Es indiferente el medio empleado.

b) La segunda modalidad comisiva es «mantenerse en la morada sin habitar en ella». Supone, pues, que el sujeto se encuentra ya dentro y que esa entrada fue consentida. No cabe, por tanto, un concurso entre ellas (cfr. STS 8 marzo 1979).

c) Común a ambas modalidades es que se realicen «en contra de la voluntad del morador», oposición que puede ser expresa o tácita. Ha de haber un contraste efectivo entre la voluntad del autor del delito y la del morador.

Si el «morador» consiente, no existe allanamiento de morada. En caso de que sean varios los moradores se plantea el problema de quién es el legitimado para dar el consentimiento: por ejemplo, en el caso del familiar o de la persona que trabaja en la casa que abre la puerta de noche a su amante en contra de la voluntad del padre de familia. En principio, todos los «moradores» están legitimados para permitir la entrada de alguien; pero hay un principio general que dice que el que prohíbe la entrada es de mejor derecho, es decir, que en caso de que uno consienta y otro niegue la entrada en la morada, prevalecerá el derecho del que niega la entrada (cfr. STS 29 octubre 1980). Lo importante ha de ser, en todo caso, el derecho a la intimidad del que prohíbe, que sólo está legitimado para prohibir la entrada a alguien a pesar del consentimiento del otro morador si con esa entrada se cuestiona gravemente su derecho a la intimidad (así, Jorge Barreiro, p. 77; Sanz Morán, p. 338; Hernández Plasencia, en Comentarios II, p. 886). En todo caso, este derecho no es absoluto ni ilimitado y sólo podrá prevalecer mientras no se lesione o ponga en peligro la libertad doméstica de los demás miembros del grupo.

En caso de conflicto entre propietario y poseedor, arrendador e inquilino, debe estarse a la voluntad del efectivo morador, a no ser que exista un derecho de un tercero para entrar en la morada. Problema distinto es el de la voluntad presuntamente contraria cuando el que entra en la morada lo hace para un fin distinto al autorizado (STS 2 febrero 1988; falso empleado de la compañía de electricidad que en realidad entra para cometer un delito sexual). La voluntad viciada por el engaño debe estimarse como contraria y la entrada como allanamiento (en contra Sanz Morán, p. 336; Hernández Plasencia, en Comentarios II, p. 883).

b) Tipo cualificado

En el art. 202,2 se prevé una figura agravada cuando *el hecho se ejecute con violencia o intimidación*. El hecho que así se realiza es el descrito en el apartado 1 del mismo artículo. La violencia o intimidación han de emplearse sobre las personas, no sobre las cosas, y han de emplearse como medio para la ejecución del hecho típico. Al igual

que sucede en el delito de coacciones, la jurisprudencia y el sector doctrinal que la apoya han operado tradicionalmente con una interpretación casi analógica y en perjuicio del reo del concepto de «violencia». Recientemente, sin embargo, se ha ido desarrollando una interpretación restrictiva de tal término en la jurisprudencia, excluyéndose del tipo cualificado, por lo menos, aquellos hechos que no suponen materialmente fuerza real en las cosas, aunque lo sean a efectos del robo en el art. 238, como el escalamiento o el uso de ganzúas (cfr. SSTS 14 enero 1974 y 29 enero 1975). La STS de 11 de octubre de 1975 se inclina por esta última solución, pero admite la cualificación en el caso del apartado 2º («rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana»).

Tipo subjetivo

El dolo existe siempre que la acción se realice con conocimiento de que se entra o permanece en morada ajena sin consentimiento del morador. La jurisprudencia ha ido evolucionando en esta materia hasta el punto de que, a partir de la STS de 8 de mayo de 1973, se habla de dolo genérico de tener conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico sin exigencia ulterior alguna (sobre estos extremos GUALLART Y DE VIALA, pp. 547 ss.). El error sobre la existencia de la «morada» debe ser tratado como un error de tipo y, por tanto, determina la impunidad, al no estar castigada la comisión imprudente; pero el error de prohibición vencible sobre, por ejemplo, la legitimidad de una entrada en una morada que se sabe ajena, debe ser tratado conforme al apartado 3 del art. 14 con la atenuación prevista en dicho precepto.

Causas de justificación

Aunque, a diferencia de lo que sucedía en el Código penal anterior (art. 491), no se prevé en el Código penal de 1995 una regulación específica del estado de necesidad, éste puede funcionar como causa de justificación genérica al amparo del art. 20,5º: el entrar en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o hacerlo para prestar algún servicio humanitario o a la Justicia. Pero como en todos los supuestos de estado de necesidad, no sólo debe procederse a una ponderación de los intereses en conflicto, sino a la comprobación de hasta qué punto la acción emprendida, es decir, aquí el allanamiento de morada, es la forma adecuada de solucionar el conflicto. El allanamiento de morada realizado para sorprender un flagrante adulterio o cualquier acto de la intimidad no constitutivo de delito no está amparado por el estado de necesidad (cfr., sin embargo, STS 5 octubre 1974). Sí, en cambio, el realizado para guarecerse de las inclemencias del tiempo, alojar temporalmente a niños pequeños, etc. (fin humanitario).

Consumación

El delito se consuma apenas el sujeto se ha introducido en la morada o deja transcurrir el tiempo suficiente para abandonarla, desobedeciendo la orden de salida. Puede darse, sin embargo, la particularidad en este delito de que la violación de la libertad domiciliaria se prolongue durante un espacio de tiempo más o menos largo, dando lugar a una prolongación del estado antijurídico que reviste la forma de *delito permanente*.

Concurso

El delito de allanamiento puede formar un delito complejo con otros delitos, especialmente con el robo con fuerza en las cosas (cfr. art. 241,1), perdiendo en este caso su sustantividad, que vuelve a recobrar si se desiste voluntariamente del delito fin o si por la aplicación del concurso de leyes resulta más gravemente penado que el delito que se pretendía cometer (en contra de esta última interpretación: STS 29 mayo 1974, que castigó por un delito de robo en casa habitada en grado de tentativa y no por el delito de allanamiento de morada que se había ya consumado y que tenía asignado en el caso concreto una pena mayor). Fuera de estos casos cabe apreciar el concurso (real o medial) entre el allanamiento y otros delitos como las lesiones, las agresiones sexuales, etc.

B) ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONAS JURÍDICAS

> Art. 203: «1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

> 2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público».

Bajo la vigencia del Código penal anterior se discutió hasta qué punto se podía aplicar el delito de allanamiento de morada a las entradas indebidas en el domicilio de las personas jurídicas, aunque la STC 137/1985, de 17 de octubre, había admitido que la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el art. 18,2 CE correspondía también a las personas jurídicas. Igualmente, la jurisprudencia habida bajo la vigencia del anterior Código penal había incluido en el concepto de morada el despacho profesional, bufetes y oficinas, lo que en cierto modo desnaturalizaba dicho concepto que, como antes hemos dicho, está más relacionado con el de intimidad que con el de inviolabilidad del domicilio. Además el art. 492 del anterior Código penal excluía expresamente del concepto de morada los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas. Ahora el art. 203 del Código penal de 1995 tipifica la entrada en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. Se despejan así algunas dudas y vacilaciones habidas con la redacción del anterior Código, aunque seguidamente veremos que el delito tipificado en el art. 203 presenta algunas particularidades que lo distinguen del previsto en el art. 202, por más que se mantenga la misma configuración del delito en un tipo básico (apartado 1) y un tipo cualificado por la concurrencia de violencia o intimidación (apartado 2) y aparentemente presente la misma estructura típica, que, en todo caso, en el apartado 1 restringe la acción típica a la entrada indebida, dejando fuera de la misma el mantenerse dentro (conducta constitutiva de la falta del art. 635).

Una cuestión importante que suele plantearse en relación con la entrada en el domicilio de personas jurídicas es la de la licitud de la misma cuando se trata de ejecutar actos administrativos, o labores de control e inspección de agentes de la Administración. En principio, tal como establece el art. 91,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se requiere autorización judicial en resolución motivada «para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la

ejecución forzosa de actos de la Administración». Ello parece coherente con el derecho a la inviolabilidad del domicilio que reconoce el art. 18,2 de la Constitución, sin diferenciar entre el domicilio de las personas físicas y el de las personas jurídicas. Pero no cabe duda de que el domicilio de éstas puede presentar algunas características que lo diferencien del de la persona física, diferencias que se basan tanto en las particularidades de la propia persona jurídica, como en las actividades que en el domicilio de la misma se realizan. Respecto a los lugares en los que de algún modo se puede considerar que se desarrolla la «intimidad» de la persona jurídica en cuestión (sede de la dirección de la misma, del personal administrativo, de la documentación, etc.) parece lógico que sólo quepa la entrada en ellos, cuando no exista obviamente autorización del titular, con la correspondiente autorización judicial y para los fines señalados en el art. 91,2 LOPJ, o en los casos previstos en los arts. 545 y ss. LECrim. Pero esta autorización judicial no sería necesaria para llevar a cabo las tareas de control e inspección que tienen encomendadas, por ley, determinados órganos de la Administración en relación con materias como las laborales, seguridad e higiene en el trabajo o cumplimiento de las normas de Seguridad Social; porque de considerarse en estos casos también prioritario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que sólo sería allanable con autorización judicial, se frustraría la finalidad misma de dichas tareas de inspección y control, esenciales para preservar otros derechos también fundamentales como el derecho a la salud. Si, como ya hemos visto antes en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos, cabe que en algunos casos se pueda limitar el derecho a la intimidad en beneficio de otros derechos que en el caso concreto pueden ser prioritarios, igualmente debe admitirse para el ejercicio de actividades de control e inspección, fundamentales para asegurar un correcto ejercicio de algunas actividades, la entrada en el domicilio de las personas jurídicas. Naturalmente, ello requiere el cumplimiento de determinados requisitos generalmente determinados por la ley que regula la actividad administrativa de inspección o control de que se trate (cfr., por ej., RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad social). Por tanto, una vez cumplidos dichos requisitos, la obstaculización de dicha labor puede incluso llegar a constituir un delito de desobediencia (art. 556; cfr. también, en relación con las labores de inspección y control de las sociedades sometidas a supervisión administrativa, el art. 294 y, en relación con

la inspección medioambiental, el art. 326,d). Obviamente, el cumplimiento de estos requisitos no será necesario, tal como se desprende de la propia redacción del art. 203, cuando se trate de establecimientos abiertos al público durante las horas de apertura, o en relación con locales que ni siquiera merezcan la consideración de domicilio o afines, o en los casos de estado de necesidad ya señalados también en relación con el delito de allanamiento de morada (para más detalles, véanse los trabajos de QUERALT, 1990, FIGUEROA NAVARRO y VARGAS CABRERA).

C) CUALIFICACIÓN EN CASO DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

> Art. 204: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años».

Este artículo repite una técnica que ya hemos visto antes en el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 198) y en el de detenciones ilegales (cfr. *supra* capítulo VI y art. 167), elevando la pena de los delitos tipificados en los artículos 202 y 203 cuando sean realizados por autoridad o funcionario público. Pero, igual que en los otros casos, para poder aplicar el art. 204 debe tratarse de una actuación similar a la de un particular, pero prevaliéndose de la función pública; es decir, debe ser un allanamiento de morada o entrada indebida en un domicilio «fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito», pues cuando se trate de una investigación de un delito, las extralimitaciones que puedan darse se castigarán por el art. 534,1,1º (cfr. *infra* capítulo XXXVI).

DELITOS CONTRA EL HONOR

CAPÍTULO XI

Injuria. Calumnia. Disposiciones comunes

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALAMILLO DOMINGO, *Criterios de resolución del conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión e información*, La Ley 1994; ALONSO ÁLAMO, *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, ADP 1983; ÁLVAREZ VIZCAYA, *Libertad de expresión y principio de autoridad*, Barcelona 1993; ASÚA BATARRITA, *La tutela jurídica del honor. Consideraciones político criminales en relación a la L.O. 1/1982*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; BACIGALUPO ZAPATER, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, REDC 1987 (también en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989); BAJO FERNÁNDEZ, *Protección del honor y de la intimidad*, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; el mismo, *Causas de justificación en los delitos contra el honor*, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; BARBERO SANTOS, *Honor e injuria en el Derecho romano*, en Estudios de Derecho penal y Criminología, Valladolid 1972; BELLO LANDROVE, *Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes*, RGLJ 1986; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La reforma de los delitos contra el honor*, DJ 1983; el mismo, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, ADP 1984; el mismo, *Honor y libertad de expresión*, Madrid 1987; el mismo, *Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad*, ADP 1991; BERNAL DEL CASTILLO, *Los conflictos entre los derechos al honor y a la información en el ámbito penal, en el derecho vigente y en el proyecto de CP*, La Ley 1993; BOIX REIG, *La responsabilidad civil derivada del delito por lesiones del derecho del honor*, EPC 1982/1983; CABELLO MOHEDANO, *«Animus informandi»*, La Ley 1985; el mismo, *El art. 20,1 de la Constitución: ¿una nueva configuración de la exceptio veritatis?*, PJ 1987; CARBONELL MATEU, *Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal*, EPC 1994/1995; CARDENAL MURILLO/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Protección penal del honor*, Madrid 1993; CARMONA SALGADO, *El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código penal*, CPC 1990; el mismo, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid 1991; el mismo, *Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991)*, CPC 1992; el mismo, *Los delitos de expresión ante la reforma del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; el mismo, *Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen*, CPC 1995; CASTÁN VÁZQUEZ, *La*

protección del honor en el Derecho español, Valencia 1956; CASTIÑEIRA PALOU, *Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa. (Comentario a la sentencia de 22 de enero de 1987)*, ADP 1987; el mismo, *La protección penal del honor*, en Salvador Coderch (edit.), El mercado de las ideas, Madrid 1990; COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Consideraciones de lege ferenda sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injuria contra particulares*, RFDUC monográfico 6, 1983; CÓRDOBA GRACIA, *El nuevo delito de difamación en el Anteproyecto del Código penal*, RGD 1992; DE VEGA RUIZ, *Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites a la libertad de expresión*, PJ núm. especial XIII, 1990; DEL ROSAL, *De las injurias*, ADP 1953; DÍAZ PALOS, *Calumnia*, NEJ III, 1951; el mismo, *Legítima defensa del honor*, RJCat. 1959; el mismo, *Injurias*, NEJ XII, 1965; FERNÁNDEZ ALBOR, *El daño moral en los delitos contra el honor*, RGLJ 1967; GARCÍA ARÁN, *La protección del Estado como límite penal a la protección de información y expresión*, Anuario del Departamento de Ciencia política y Derecho público, Barcelona 1990; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*, en Libertad de expresión y Derecho penal, Madrid 1985; GIMBERNAT ORDEIG, *Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas*, en Libertad de expresión y Derecho penal, Madrid 1985; GONZÁLEZ RUS, *Consideraciones político-criminales sobre los delitos contra el honor*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Delitos contra el honor y la libertad de expresión en el Proyecto de Código penal de 1992*, AP 1994; HERRERO TEJEDOR, *Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el Proyecto de Código Penal de 1992*, PJ 1992; JAÉN VALLEJO, *La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid 1992; JIMÉNEZ ASENJO, *Delitos contra el honor*, NEJ VI, 1954; JIMÉNEZ DÍAZ, *Los delitos de desacato en el Código penal español*, Madrid 1992; LANDROVE DÍAZ, *Protección del honor y Derecho penal*, EPC 1988/1989; el mismo, *La reforma de los delitos contra el honor*, EPC 1992/1993; LÓPEZ GUERRA, *La libertad de información y el derecho al honor*, PJ núm. especial VI, 1989; MORALES PRATS, *Adecuación social y tutela penal del honor*, CPC 1988 (también en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989); MORILLAS CUEVA, *El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacatos*, ADP 1981; MUÑOZ CONDE, *Sobre aplicación de la «exceptio veritatis» al delito previsto en el art. 161,1º del vigente Código penal*, CPC 1982; el mismo, *Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de Derecho*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; MUÑOZ MACHADO, *Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*, PJ 1986; el mismo, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988; POZA CISNEROS, *Agresiones penales al honor y a la intimidad*, en Intereses difusos y Derecho penal, CDJ 1994; QUERALT JIMÉNEZ, *Animus iniuriandi e injurias*, La Ley 1989; QUINTANAR, M., *Una extraña valoración judicial del animus iniuriandi*, CPC 1993; QUINTERO OLIVARES, *La intervención del Derecho penal en la protección del honor: utilidad y condicionamientos*, PJ núm. especial XIII, 1990; REBOLLO VARGAS, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona 1992; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos*, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría II, Madrid 1991; ROJAS RIVERO, *El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencia al ámbito laboral*, PJ núm. especial XIII, 1990; ROMERO COLOMA, *Derechos al honor y a la intimidad y libertad de expresión*, AP 1988; el mismo, *El honor y la libertad de expresión en la Constitución española de 1978 y en la doctrina del Tribunal Constitucional*, La Ley 1994; el mismo, *Libertad de expresión y delito de injurias*, AP 1994; SAINZ CANTERO, *El contenido sustancial del delito de injurias*, ADP 1957; SALVADOR CODERCH Y OTROS, *¿Qué es difamar?*, Madrid 1987; SÁNCHEZ TOMÁS, *Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del «animus iniuriandi» en el delito de injurias*, ADP 1994; TASENDE CALVO, *La nueva configuración de los delitos contra el honor en el Proyecto de Código penal de 1992*, AP 1993; VALLE MUÑIZ, *Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal del honor en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; VARIOS, *Libertad de expresión y Derecho penal*, Madrid 1985; VARIOS, *Jornadas nacionales sobre la libertad de expresión y medios de comunicación*, PJ núm. especial XIII, 1990; VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid 1977; el mismo, *Libertad de expresión y derecho al honor*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989.

Sobre el Código penal de 1995: ALONSO ÁLAMO, *Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; ÁLVAREZ GARCÍA, *El Derecho al honor y las libertades de información y expresión. Algunos aspectos de los conflictos entre ellos*, Valencia 1998; BACIGALUPO ZAPATER, *Para una revisión dogmática de los delitos contra el honor*, ADP 1996; el mismo, *Delitos contra el honor*, Madrid 2000; BERNAL DEL CASTILLO, *El delito de injurias*, La Ley 1996; el mismo, *Honor, verdad e información*, Oviedo 1997; CAMPOS PAVÓN, *La titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas*, La Ley 1996; CARUSO FONTAN, *La subjetivización del tipo de injusto del delito de calumnias*, RP 2004; CUHI DENIA, *La libertad de información versus el derecho al honor. ¿De la técnica de la procedencia a la prevalencia de la promesa?*, RGD 1996; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, La Ley 1996; FERNÁNDEZ PALMA, *El delito de injuria*, RDPP 2001; el mismo, *Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad civil derivada de los delitos de injuria y calumnia en el Código penal de 1995*, AP 1997; LASCURAIN SÁNCHEZ, *El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor: Comentario a la STC 21/2000*, RDPC 2001; LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, Valencia 2002; LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Valencia 1999; MACIÁ GÓMEZ, *El delito de injuria*, Barcelona

1997; MORETÓN TOQUERO, *Delitos contra el honor: la injuria*, Barcelona 2001; MUÑOZ LORENTE, *La libertad de información como justificación de las lesiones al honor*, ICADE 1997; el mismo, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia 1999; QUINTERO OLIVARES, *Libertad de expresión y honor en el Código penal de 1995*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; REBOLLO VARGAS, *Los «otros» límites al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información*, Cuadernos de Derecho Público 1998; SALVADOR CODERCH/ CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid 1997; TASENDE CALVO, *La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código penal de 1995*, PJ 1996; el mismo, *La tipificación de las injurias en el Código penal de 1995*, en Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II, CDJ 1998.

Consideraciones generales

El honor es uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de aprehender desde el punto de vista jurídico-penal. Ello se debe, sobre todo, a su relativización. La existencia de un ataque al honor depende de los más diversos imponderables, de la sensibilidad, del grado de formación, de la situación tanto del sujeto pasivo como del activo, y también de las relaciones recíprocas entre ambos, así como de las circunstancias de hecho.

Aunque son muchas las formas de aparición del honor, todas ellas pueden reconducirse a un concepto objetivo unitario: la *fama o reputación social*. Esta fama o reputación social está socialmente condicionada y se configura de un modo tanto más claro cuanto más cerrado sea el grupo social al que la persona pertenece. La persona se integra en diversos estratos sociales: es miembro de la Humanidad, de la cultura occidental, de una nación, de una religión, de una clase profesional, laboral, etc. Dentro de cada esfera es portadora de determinadas misiones, destinataria de concretas expectativas y pretensiones. *En este sentido objetivo,* el honor no es otra cosa que la suma de aquellas cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan.

En este sentido objetivo el concepto de honor viene dado, por tanto, por el juicio que de una persona tienen las demás. Pero también existe un *honor en sentido subjetivo*: la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio, es decir, la *propia estimación*. Este aspecto subjetivo se deriva, sin embargo, del objetivo. De la situación objetiva se deriva una pretensión a esa reputación. De la situación en el ámbito social nace la reputación, aunque luego el honor se subjetivice en un sentimiento. La expectativa ajena se convierte así en una expectativa propia, que me da derecho a esperar de los demás lo que los demás me atribuyen. También este segundo aspecto del honor es importante, sobre todo en los casos en los que no coincide con el concepto social.

Dos son, pues, los elementos que determinan el concepto de honor: objetivamente, la fama o reputación social; subjetivamente, la propia estimación. Ambos ingredientes son tenidos en cuenta en el art. 208 como determinantes del concepto de injuria que se da en dicho precepto (cfr. *infra*).

Pero junto a estos dos ingredientes fundamentales en la delimitación del concepto de honor, este concepto se potencia hoy en día al equipararse con el de *dignidad humana*, entendiéndose como un derecho fundamental que se reconoce a toda persona por el hecho de serlo, independientemente de su edad, sexo, nacionalidad, religión, profesión, etc.

La Constitución española de 1978 refleja este carácter de derecho fundamental del honor en su art. 18,1 («Se garantiza el derecho al honor»), en un plano de igualdad con el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que muchas veces se confunde con él (cfr. *supra* capítulo X). E igualmente el art. 208 del Código penal define la injuria como lesión de la dignidad de la persona.

Pero la consideración de derecho fundamental específico que la Constitución concede al honor, exige una mayor precisión conceptual del mismo. En este sentido considera BERDUGO (1987) que hay una parte del honor que, en cuanto deriva del componente dinámico de la dignidad, depende del nivel de participación del individuo en el sistema social y, por tanto, es graduable y diferente en cada uno; mientras que hay otra parte, emanación de la dignidad misma, que es igual para todos. Para VIVES (Comentarios, p. 1027), «la *dignidad de la persona*... constituye la esencia misma del honor y determina su contenido», pero, como él mismo dice seguidamente, «si bien la dignidad es única e igual para todos, las diferentes posiciones y situaciones de los individuos comportan que el respeto a esa dignidad y los ataques a la misma requieran una *determinación circunstancial*». De un modo u otro, pues, ambos autores coinciden en señalar el aspecto dinámico y social del honor, frente al más general y abstracto de la dignidad, con lo que, en definitiva, llegan a un *concepto relativo de honor*, que

explica las dificultades existentes para la solución de los conflictos que surgen cuando colisiona con otros derechos (véase *infra*).

También Alonso Álamo (2001, pp. 909 ss.) vincula honor y dignidad, pero, por ejemplo en relación con la libertad de información y expresión, le da a aquél una dimensión relativa, que no concede a la dignidad, que, en su opinión, está por encima de esas libertades y del honor mismo (p. 919). Lo que no queda claro en este y en otros planteamientos similares (cfr., por ej., Cardenal/ Serrano, pp. 27 ss., que incluyen también el libre desarrollo de la personalidad) son los criterios para distinguir el ámbito propio de cada uno de estos conceptos (en este sentido Fernández Palma, Homenaje a Valle, p. 1353). Laurenzo Copello (2002 y en Comentarios II, p. 958) destaca la idea de idoneidad de la conducta para poner en entredicho la reputación, independientemente de la veracidad de lo afirmado: homosexualidad, drogadicción (en contra López Peregrín).

Consideraciones sistemáticas

Los delitos contra el honor se recogen en el Código penal en el Título XI del Libro II. Sin embargo, no todos los delitos que se dirigen contra el honor tienen acogida en este Título. Los ataques al honor de personas revestidas de especiales privilegios son recogidos en otros lugares (art. 490,3: Rey y allegados; art. 496: Cortes Generales; art. 504: Altos Órganos de la Nación; etc.), lo que plantea algunas cuestiones específicas que se estudiarán en su momento (véase *infra* capítulo XXXIV). Por otro lado, la previsión expresa en los artículos citados de delitos de injuria y calumnia referidas a órganos e instituciones públicas plantea la cuestión de si la protección penal del honor se extiende, en general, más allá de la persona física individual, abarcando también a personas jurídicas y colectivos sin personalidad. La respuesta a esta cuestión varía, sin embargo, según se trate de injurias o calumnias (cfr. *infra,* al tratar los sujetos pasivos de estos delitos).

También civilmente está protegido el honor como un valor de la personalidad, considerándose, ya desde principios de siglo, indemnizables los ataques dirigidos contra él en base al art. 1902 del Código civil y así se ha sostenido por la jurisprudencia civil desde la STS de 6 de diciembre de 1912.

Actualmente, es a través de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, como se están resolviendo muchos de los problemas relativos al honor que antes se planteaban por la vía penal. Sin embargo, fueron notables las imperfecciones que presentó esta Ley, principalmente porque en su anterior art. 1º,2 se establecía que «cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código penal», lo cual condujo a que, al plantearse la acción civil por intromisión en el derecho al honor, fuera usual que los jueces aceptaran las excepciones de incompetencia jurisdiccional que los demandantes opusieran, por lo que el demandante, una vez remitido a la vía penal, sólo podía volver a la civil cuando se hubiera ya declarado la inexistencia del delito o falta. Sin embargo, con la modificación del art. 1º,2 de la LO 1/1982 producida a través de la Disposición final cuarta de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, dicho artículo establece ahora que «el carácter delictivo de la intromisión, no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el art. 9º de esta Ley». Lo que viene a confirmar la línea que el Tribunal Constitucional había asumido hacía tiempo, la de declarar que entre la acción penal y civil no existe ninguna clase de prejudicialidad, por lo que el Juez civil puede declarar sin ningún tipo de problemas el derecho a la reparación, sin que se precise el previo pronunciamiento de la jurisdicción penal sobre si los hechos constituyen o no delito (véanse Asúa, pp. 23 ss.; Morales Prats, pp. 712 ss.; Bajo III, p. 278 y Sentencia del Juzgado nº 16 de Madrid 26 junio 1985: caso Barrionuevo v. El País, comentada por Muñoz Machado, 1988, pp. 60 ss. Sobre las insuficiencias de la Ley de 1982, véase también el trabajo de Salvador y Otros, 1987. Cfr. también la STC de 31 de enero de 2000, que anuló un Auto de archivo de querella por delito de injurias, considerando que ello vulneraba la protección del derecho al honor, comentada por Lascurain Sánchez, pp. 406 ss.).

Volviendo al Título XI, dos son los delitos que en él se recogen: la calumnia y la injuria. Debemos empezar por estudiar la injuria, ya que es el tipo básico de estas infracciones, mientras que la calumnia no es más que un supuesto específico de la injuria. La distinción entre uno y otro delito se hace en función del contenido de la actitud deshonrosa: sólo es calumnia la imputación falsa de un delito.

INJURIA

Dice el art. 208,1: «Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

Tipo objetivo

Como ya se ha dicho en la introducción a este capítulo, el concepto de honor se caracteriza por constituir una parte fundamental de la dignidad humana que se basa en la fama y en la propia estimación, conceptos eminentemente relativos que dan una gran indeterminación al concepto mismo de honor. Justamente por eso, la lesión de la dignidad y de los ingredientes que la sustentan admite muchas graduacio-

nes y matizaciones, que inciden en la determinación de lo que debe entenderse por injuria.

La acción constitutiva de injuria es normalmente una «expresión», consistente tanto en imputar hechos falsos como en formular juicios de valor, que puede realizarse tanto verbalmente como por escrito, o de un modo simbólico por «caricaturas», «emblemas», etc. Pero también caben otras formas de lesión de la dignidad: por ejemplo, una actitud omisiva puede considerarse injuriosa en determinadas circunstancias: el omitir saludar; el no estar de manera conveniente, etc.; igualmente puede ser injurioso un gesto procaz o descortés. En realidad, lo importante será siempre que se infrinja un deber de comportarse aceptado por la comunidad y que ello se considere objetivamente como injurioso. En estos casos debe tenerse también en cuenta la *adecuación social*, restringiendo el tipo del delito de injuria a aquellos supuestos que exceden en mucho de lo tolerable socialmente en cada momento histórico (en este sentido MORALES PRATS, pp. 666 ss.).

La acción (también omisión) o expresión ha de tener, por tanto, un significado *objetivamente ofensivo*, es decir, ha de considerarse socialmente que menoscaba la fama o atenta contra la propia estimación del injuriado. Pero este significado ofensivo depende de las más variadas circunstancias. Expresiones que antiguamente se consideraban altamente ofensivas son hoy totalmente inocuas. El significado de las palabras está condicionado incluso geográficamente. También depende de la posición social de los sujetos, etc. En el art. 464 del anterior Código penal se preveía que cuando el sentido ofensivo no estuviere claro, es decir, *fuere encubierto o equívoco*, el acusado estaba obligado a dar en juicio explicación satisfactoria, cuestión que, en todo caso, quedaba supeditada a que el presuntamente injuriado aceptase esa explicación y que, en principio, nada tiene que ver con la existencia objetiva de la injuria (sobre la retractación, véase *infra*).

Sujeto pasivo de la injuria pueden ser tanto personas físicas como jurídicas (así SERRANO GÓMEZ, p. 290 y LÓPEZ PEREGRÍN; véase también la STC 139/1995, de 26 de septiembre. En contra, RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, pp. 611-612 y MACIÁ GÓMEZ, p. 77). Los colectivos sin personalidad, por el contrario, no pueden ser sujetos pasivos de este delito (cfr., sin embargo, SERRANO GÓMEZ, p. 290 y STC 176/1995, de 11 de diciembre). En relación a las injurias contra personas fallecidas, sólo es aplicable el delito de injurias en la medida en que resulte afectado el honor de personas vivas.

Tipo subjetivo

Es necesario que se tenga conciencia del carácter injurioso de la acción o expresión y voluntad, pese a ello, de realizarla. Esta voluntad se puede entender como una intención específica de injuriar, el llamado «*animus iniuriandi*». No basta, pues, con que la expresión sea objetivamente injuriosa y el sujeto lo sepa, sino que se requiere un ánimo especial de injuriar. Esta intención específica es un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo y que trasciende a él. Su exigencia se desprende de la propia naturaleza del delito. En el fondo, la injuria no es más que una incitación al rechazo social de una persona, o un desprecio o vejación de la misma, lo que sólo puede realizarse intencionalmente. Así, acciones objetivamente injuriosas, pero realizadas sin ánimo de injuriar, sino de bromear, criticar, narrar, etc., no son delitos de injurias. Este elemento subjetivo se deduce a veces del propio contexto, pero otras veces puede quedar confundido o solaparse con otros propósitos o ánimos (informativo, de crítica, etc.), que dificultan la prueba del mismo.

Actualmente la doctrina y la jurisprudencia tienden a solucionar este problema por la vía de la causa de justificación, lo que supone que en la práctica el problema de la concurrencia del ánimo específico de injuriar se desplaza a otra categoría del delito, pero no que se prescinda de él como un elemento del mismo (en contra de la exigencia de un ánimo específico de injuriar como elemento del tipo subjetivo a partir de una interpretación del nuevo Código penal, expresamente, QUINTERO/ MORALES PRATS, en QUINTERO, Comentarios, p. 1018; MOLINA, en Compendio, p. 294; CARMONA, en Curso I, p. 478; RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 626; SERRANO GÓMEZ, p. 290; CALDERÓN, p. 751; BERNAL DEL CASTILLO, 1996, p. 1438; y TASENDE CALVO, 1998).

Sin embargo, respecto a la imputación de hechos, según el apartado 3 del art. 208 puede ser suficiente con que el sujeto actúe con «temerario desprecio hacia la verdad». Se trata de un dolo eventual respecto a la falsedad de lo afirmado que creo que para ser típico debe ir también acompañado de un «animus iniuriandi».

Causas de justificación

Especial interés tiene el consentimiento. La posibilidad de disponer el individuo de su propio honor se deduce de que el honor subjetivo también es objeto de protección. Si se renuncia a ese sentimiento voluntariamente y se consienten ataques contra él, la conducta dejará

de ser típica, por faltar el atentado contra la «propia estimación». Esto es confirmado por el propio carácter de la injuria como delito perseguible a instancia de parte. Más discutida resulta la posibilidad de legítima defensa contra los ataques al honor. En principio no hay dificultad para admitirlo, siempre que se den los requisitos de esta causa de justificación. No está justificada, sin embargo, la *retorsión*, es decir, el injuriar el ofendido, a su vez, al que le injurió antes.

En algunos casos es posible que la acción típica quede justificada por el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, así, por ejemplo, el testigo que en un juicio informa sobre la conducta del procesado. De todas formas en la mayoría de estos casos faltaría ya el *animus iniuriandi*.

Lo mismo sucede cuando se trata de defender intereses colectivos legítimos, de información a la opinión pública de datos personales, ineptitud profesional, comportamientos incorrectos de personajes públicos, políticos, artistas, etc., siempre que ello esté dentro de los límites del ejercicio del derecho de expresión, crítica e información o similares reconocidos en el art. 20 de la Constitución. No cabe duda de que en estos casos puede producirse una colisión entre los derechos reconocidos en el art. 20 y los reconocidos en el art. 18,1 de la Constitución, que podría resolverse con la aplicación del estado de necesidad (cfr. STS 7 julio 1980: «La crítica política y de gestión administrativa, no integra delito, si falta el *animus iniuriandi*, aunque el juicio sea acerbo, apasionado, exagerado o incluso injusto». Cfr. también art. 8 LO 1/1982 y STS 19 enero 1982). De todos modos, debe tenerse en cuenta que en muchos de estos casos el elemento subjetivo de la causa de justificación (ánimo de ejercer el derecho a la información o a la crítica) excluye también el *animus iniuriandi*.

La jurisprudencia en esta materia ha ido evolucionando desde una protección absoluta del derecho al honor frente a la libertad de expresión, a una postura más flexible y más conciliadora entre ambos derechos, sobre todo desde que en la nueva etapa democrática se consolida la libertad de expresión, información y crítica como uno de los derechos democráticos fundamentales. La evolución se ha producido, sobre todo, y como es lógico, en el ámbito de la información y crítica de los personajes públicos y políticos, restringiendo en estos casos el ámbito de protección del honor de estas personas. La restricción de la antigua protección omnicomprensiva del honor por la vía penal se ha producido, aparte de por los estrechos cauces que permite la *exceptio veritatis* legalmente regulada (véase *infra*), bien por la negación del

animus iniuriandi (véase *supra*), bien por la apreciación del ejercicio legítimo de un derecho, tesis esta última que ha sido consagrada por el Tribunal Constitucional, si bien con algunas contradicciones (cfr. SSTC 16 marzo 1981, 10 abril 1985 y 12 diciembre 1986).

Ésta es también la tesis dominante en la doctrina penal española (véanse BERDUGO, 1987; VIVES, en VIVES/ BOIX, pp. 692 ss., si bien con algunas matizaciones; BAJO III, pp. 289 ss.; COBOS II, p. 60; RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, pp. 614 ss.; CARMONA, en Curso I, pp. 466 ss.; SERRANO GÓMEZ, p. 291; CALDERÓN, pp. 736 ss.; MOLINA, en Compendio, p. 260; TASENDE CALVO, 1998; MUÑOZ LORENTE, 1997 y 1999; y LAURENZO COPELLO, en Comentarios II, pp. 974 ss.).

Tentativa

Para su consumación, la injuria tiene que llegar a conocimiento del injuriado; cabe, por tanto, la tentativa, sobre todo en las injurias por escrito. Si se considera, por el contrario, que no hace falta ese conocimiento, el delito se consuma con la mera exteriorización de la injuria, siendo suficiente con que haya llegado a oídos de los demás, aunque todavía no lo sepa el injuriado. Creo preferible la primera opinión. El delito se consuma, en principio, cuando la injuria llega a ser conocida por el injuriado. Pero debe tenerse en cuenta que, aunque teóricamente quepa la tentativa, en la práctica la persecución del delito supone que el ofendido ha tenido conocimiento de la acción injuriosa, porque es un delito perseguible a instancia de parte (cfr. *infra*). Sin embargo, la «circunstancialidad» del delito de injuria se refleja también a la hora de determinar el momento consumativo. El Tribunal Supremo entiende que cuando las injurias son vertidas en cartas, se consuman cuando la carta llega a poder del destinatario; en el caso de injurias en folletos, impresos, periódicos, etc., la consumación se realiza con la publicación y no con la mera impresión; y en orden a las injurias proferidas ante tercero distinto del injuriado, el Tribunal Supremo sostiene que se consuma el delito cuando las acciones injuriosas son dadas a conocer a cualquier receptor que pueda transmitirlas al injuriado (STS 5 mayo 1975). La cuestión tiene trascendencia práctica en orden a la prescripción del delito (cfr. QUINTANO I, 2, pp. 1327 ss.).

Circunstancias modificativas

Muchas veces las injurias son proferidas en el calor de una disputa, por lo que es posible aplicar alguna circunstancia atenuante como la

de arrebato u obcecación (art. 21,3ª) y también puede funcionar como tal la retorsión, a la que antes hemos negado el carácter de causa de justificación.

El art. 214 prevé expresamente la *retractación* como una causa de atenuación de la pena: «Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior. El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador».

Clases de injurias

Según el art. 208,2, «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves». A este respecto, el apartado 3 de este mismo precepto dice que «las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

El concepto de «gravedad», del que depende la conceptuación de la injuria como delito (la injuria de carácter leve es siempre falta, cfr. art. 620,2º), se determina en función de lo que «en el concepto público» se tenga por tal. En este sentido, se ha considerado siempre grave la imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado (borracho, homosexual, prostituta, drogadicto, etc.). Y también las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas (gesto ofensivo, escupir), o las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendidos el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

En realidad, se trata de un criterio eminentemente circunstancial y es, en definitiva, el Tribunal o Juez quien, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el hecho, estimará la gravedad de las injurias.

La pena de las injurias graves varía según sean cometidas *con publicidad* (multa de seis a catorce meses) o no (multa de tres a siete meses) (art. 209). Por publicidad debe entenderse la realización de la injuria por medio de papeles impresos, litografiados o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados, leídos o emitidos ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radio, televisión, etc. (art. 211).

Cuando se trate de imputación de hechos, la injuria, según el apartado 3 del art. 208, sólo se reputará grave cuando se realiza con conciencia de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. El problema que se plantea aquí es deslindar la imputación de hecho del «juicio de valor». Afirmar falsamente que una persona abusa sexualmente de menores es una imputación de hecho que, además, al tratarse el hecho imputado de un delito, constituye una calumnia (véase *infra*). Llamarle homosexual o paidófilo todo lo más puede ser injuria en la medida en que se estime que es un juicio de valor negativo que no requiere ninguna prueba, ni conciencia de inveracidad o falsedad de lo afirmado. Las diferencias son, sin embargo, sutiles y difíciles de marcar. ¿Dónde están las diferencias entre acusar a alguien de haber dilapidado el dinero que se le ha confiado o acusarlo de ser un mal administrador, entre una afirmación de hecho y una mera opinión sobre determinados actos? Precisamente, como vamos a ver ahora, sólo en relación con la imputación de hecho puede admitirse que la veracidad de lo afirmado destipifique la injuria, al menos como delito, y aun más la calumnia.

La exceptio veritatis

> Según el art. 210, «El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas».

En un Estado democrático, que reconoce la importancia de la libertad de expresión, información y crítica (art. 20 CE), parece obvio que la imputación que, en principio, puede considerarse objetivamente injuriosa, quede exenta de pena cuando se trata de salvaguardar intereses legítimos colectivos, como el informar a la opinión pública sobre comportamientos de personas que ejercen cargos políticos, desempeñan funciones públicas, etc., y que por eso están más expuestas al ejercicio de la crítica y al juicio valorativo de sus actividades. A la

vista de la regulación vigente de la *exceptio veritatis*, habrá que recurrir en muchos de estos casos al ejercicio legítimo de derechos, pues, como dice VIVES (en VIVES/ BOIX, p. 685), la «exceptio no constituye en nuestro ordenamiento una técnica de solución del conflicto entre libertad de expresión y honor», sino que el conflicto se resuelve a través del ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20,1 de la Constitución (en este sentido CABELLO, 1987, pp. 35 ss.; BERDUGO, 1987, pp. 53 ss. Cfr. *supra* causas de justificación).

Sobre la *exceptio veritatis* en las injurias a las Cortes Generales y a altas Instituciones del Estado, que es realmente donde se han planteado más problemas durante la transición democrática, los arts. 496 y 504 la admiten expresamente, no así respecto a las injurias al Rey y allegados, diferencia de trato que no se explica muy bien desde el punto de vista del Estado democrático de Derecho (véanse *infra* capítulo XXXIV, especialmente el excurso sobre la *exceptio veritatis*; y MUÑOZ CONDE, 1982, pp. 845 ss.).

CALUMNIA

Dice el art. 205: «Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

En realidad la calumnia no es más que un supuesto agravado de la injuria, pero su naturaleza la emparenta más con los delitos contra la Administración de Justicia que con las infracciones contra el honor. Su parentesco morfológico con la acusación y denuncia falsas es evidente (cfr. art. 456 e *infra* capítulo XXXIX). La plena relevancia en la calumnia de la *exceptio veritatis* (art. 207) prueba lo aquí afirmado. Sin embargo, ya que el legislador la incluye entre los delitos contra el honor, y puesto que existe el delito de acusación y denuncia falsas como delito contra la Administración de Justicia, conviene ocuparse en este lugar de la calumnia.

Tipo objetivo

La acción consiste en imputar falsamente un delito a otra persona. La imputación o atribución ha de ser de un delito, no de una falta, cuya imputación falsa puede ser, en su caso, injuria (cfr. art. 210). Por delito hay que entender cualquier hecho subsumible en un tipo legal de injusto; es indiferente la calificación que el sujeto dé a los hechos que imputa (robo en lugar de hurto, etc.) o el grado de ejecución o participación criminal que afirme.

La imputación ha de ser *falsa*. Si no lo es y el acusado prueba la veracidad de su imputación, quedará exento de pena (art. 207), ya que el hecho no es típico (relevancia de la *exceptio veritatis*); aunque pudiera castigarse por injurias (cfr. STS 13 diciembre 1983).

La imputación ha de ser de hechos concretos y ha de recaer sobre persona determinada o determinable. Es indiferente que se le impute una intervención a título de autor o cómplice.

Sujeto pasivo de la calumnia sólo puede ser la persona física, ya que no cabe imputar a una persona jurídica la comisión de un delito: «societas delinquere non potest» (véanse SSTS 5 abril 1973, 22 diciembre 1974 y 7 diciembre 1989; en contra SERRANO GÓMEZ, p. 278). Tampoco los colectivos sin personalidad pueden ser sujetos pasivos de este delito.

Son posibles las distintas modalidades de comisión de la injuria. Específicamente el Código penal se refiere, a efectos de determinar la pena a imponer, a las que se propagaren con publicidad (pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses) o no (multa de seis a 12 meses) (art. 206). Sobre el concepto de publicidad véase art. 211.

Tipo subjetivo

Para afirmar la presencia de dolo es preciso que el sujeto tenga conocimiento de la falsedad de lo que imputa o que la imputación, objetivamente falsa, se haga con «temerario desprecio a la verdad». Igual que decíamos respecto a la injuria grave consistente en la imputación de hechos falsos, este «temerario desprecio a la verdad» debe considerarse como un dolo eventual.

Es discutible si también en la calumnia se exige una especial intención, además del dolo (directo o eventual). La solución creo que radica en la propia naturaleza del delito, pues si se considera la calumnia como un delito contra el honor, será necesario el ánimo de deshonrar en el sujeto activo; pero esto no ocurre si se le considera un delito contra los intereses de la Justicia. De la especial índole de la calumnia en el Código penal se desprende que es más viable la primera solución. En todo caso el dolo debe abarcar la conciencia de la falsedad de la imputación o el temerario desprecio a la verdad, y el *animus iniurandi* la asunción de las consecuencias dañosas para el honor que resulten de la imputación.

Tentativa

El problema es idéntico a la injuria. También aquí creo que, para que se consume, es necesario que la calumnia llegue a conocimiento del calumniado y que son posibles teóricamente las distintas formas de tentativa (véase *supra* lo dicho respecto a la injuria).

DISPOSICIONES COMUNES

El Código recoge en el Capítulo III de este Título XI una serie de disposiciones generales, comunes a la calumnia y a la injuria, algunas de ellas ya mencionadas referidas al concepto de publicidad o a la retractación. Las otras disposiciones generales son:

a) El art. 212 establece la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

b) El art. 213 prevé la imposición de inhabilitación especial para empleo o cargo público o para profesión, oficio, industria o comercio de seis meses a dos años «si la calumnia o injuria fueren cometidas mediante precio, recompensa o promesa».

c) *Condiciones objetivas de procedibilidad.* La calumnia y la injuria sólo son perseguibles por querella del ofendido por el delito o de su representante legal. Sin embargo, se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de las misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos (art. 215,1). Esta «persecución de oficio», introducida por la reforma de 25 de noviembre de 2003, representa, en cierto modo, la reintroducción del antiguo delito de desacato, que fue suprimido en el Código penal de 1995 porque se había utilizado para limitar la libertad de expresión e impedir la crítica a los cargos públicos. El nuevo precepto se justifica porque en algunos casos la imputación calumniosa o injuriosa se hacía para provocar la denuncia o querella del funcionario y de este modo poder recusarlo en el asunto que estuviera entendiendo.

Si la calumnia o la injuria han sido vertidas en juicio, será necesario para proceder la previa licencia del Juez o Tribunal (art. 215,2).

d) *Perdón del ofendido.* El apartado 3 del art. 215 establece que «el culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del artículo 130 de este Código».

d) Aunque no se han derogado expresamente, los arts. 3 y 4 de la Ley 26 diciembre 1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que, respecto a los delitos de calumnia e injurias «cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares», sólo exigían denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal, sin necesidad de acto de conciliación, deben estimarse tácitamente derogados a la luz de la nueva regulación y de lo que dispone la Disposición derogatoria única 2 del Código penal de 1995.

DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES

CAPÍTULO XII

A) Delitos contra el estado civil familiar: Matrimonios ilegales. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Usurpación del estado civil

Tradicionalmente, el cumplimiento de los deberes familiares era una cuestión jurídico-privada, marginal al Derecho penal. Sólo la ruptura del deber de fidelidad conyugal, el adulterio, mereció un mayor interés del Derecho penal, como un «delito contra la honestidad» y no exactamente como un delito contra la familia, aunque de todos modos, como ya quedó establecido desde la reforma del Código penal de 26 de mayo de 1978, ni de una ni de otra forma tiene razón de ser su persecución penal. También el quebrantamiento de otros deberes familiares, cuando llevaba aparejada la lesión o puesta en peligro de algunos de los bienes jurídicos vida o integridad física de las personas individuales que componían la familia, se tomaba en consideración en el anterior Código penal, pero en ese caso por la vía del abandono de menores, o del parricidio o el infanticidio. Fuera de estos casos, se consideraba incluso que una excesiva intromisión del Estado en el ámbito familiar podía tener malas consecuencias.

Ésta fue la idea que dominó en la Codificación penal del siglo XIX, presidida por el espíritu liberal de la época. Lo que motivó que en la mayoría de los Códigos penales decimonónicos, entre ellos el nuestro, faltase un Título para agrupar los delitos que atacan a la familia, aun cuando ya algún autor a fines del siglo XIX abogara por su creación (así, por ej., GROIZARD V, p. 6).

Sin embargo, tal concepción fue cambiando con la aparición de nuevas tendencias e ideologías. Las nuevas concepciones sobre la familia, como núcleo natural y básico de la sociedad y del Derecho de familia, motivaron la introducción en los Códigos penales de nuevas figuras de delitos relacionados con este ámbito. Éste fue el caso de España, en donde por Ley de 12 de marzo de 1942 se creó el delito

de abandono de familia, que posteriormente fue introducido en el Código penal. Tal como se afirmaba en la Exposición de Motivos de dicha Ley, se trataba con ello de proteger la familia; pero no llegó a crearse un nuevo Título en el Código de delitos contra la familia en el que se incluyeran, además del *delito de abandono de familia*, otros que se encontraban dispersos en el articulado del Código penal y que también afectaban a la familia.

En el Código penal de 1995 se pretende llevar a cabo este reagrupamiento de los delitos que inciden en el ámbito familiar con la creación del Título XII «Delitos contra las relaciones familiares». Pero, aunque pudiera pensarse que se trata aquí de proteger la familia como un todo, siguiendo las pautas plasmadas en el art. 39,1 de la Constitución («Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»), como se desprende de la propia rúbrica del Título y de la naturaleza de «ultima ratio» y del principio de intervención mínima del Derecho penal, y aunque la familia sea un ámbito en el que surgen determinadas relaciones jurídicas que deben ser objeto de protección, el Derecho penal sólo brinda su protección a determinadas relaciones que inciden en el estado civil familiar o en actividades de tipo asistencial en el ámbito familiar, y en las que prevalece más la protección de bienes jurídicos como el propio estado civil o la seguridad material de sus miembros, que la propia familia como un todo. Además, del principio de intervención mínima del Derecho penal se deduce que la intervención jurídico-penal en el ámbito familiar debe ser muy parca y limitada a la protección de bienes personales, pues, de lo contrario, se puede producir una «moralización» intolerable de las normas jurídico-penales y una «perversión» de su función en el marco del Ordenamiento jurídico.

Por todo ello, el contenido del Título XII debe ser clasificado en función de los dos bienes jurídicos que sirven de fundamento a la creación de los delitos que en él se contienen: el estado civil familiar (A) y los derechos y deberes familiares que afectan a la seguridad material (B, cfr. *infra* capítulo siguiente). En el primer grupo incluimos el delito de usurpación del estado civil, que en el Código penal se regula entre las falsedades (Capítulo IV del Título XVIII, art. 401) y en el segundo, los delitos de omisión del deber de socorro y de denegación y abandono de asistencia sanitaria (Título IX, arts. 195 y 196), que guardan una íntima relación con los otros delitos que se incluyen en sus respectivos grupos.

A) DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL FAMILIAR

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BOIX REIG, *El delito de usurpación de estado civil*, Valencia 1980; el mismo, *Ocultación o exposición de hijo*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; CONDE PUMPIDO, *Estudio crítico de la reforma de 24 de abril de 1958 en materia de matrimonios ilegales*, ADP 1959; DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, Madrid 1974; DOLZ LAGO, *La protección penal de la familia entre los viejos y nuevos paradigmas familiares*, AP 1995; FERRER SAMA, *Noción y característica del delito de bigamia*, ADP 1948; MIR PUIG, *Matrimonios ilegales en el Código penal*, ADP 1974; el mismo, *Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto en el delito de bigamia*, La Ley 1986; QUINTANO, *Bigamia*, NEJ III, 1951; SEGRELLES DE ARENAZA, *Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de bigamia*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; TERRADILLOS BASOCO, *El delito de celebración de matrimonios ilegales y la reforma del Código civil en materia matrimonial*, RFDUC 1982.

Sobre el Código penal de 1995: CERES MONTES, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código penal*, Madrid 1996; CORTÉS BECHIARELLI, *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid 1996; HIGUERA GUIMERÁ, *La protección penal del estado civil de las personas*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos relativos a los matrimonios ilegales*, AP 2001; TORRES FERNÁNDEZ, *El tráfico de niños para su «adopción ilegal»*, Madrid 2003; VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio y su tutela penal*, Granada 1997.

Se puede definir el *estado civil familiar* como el hecho de la pertenencia de una determinada persona a una familia. Tal pertenencia se fundamenta por la filiación, por la adopción o por el matrimonio. Se trata de un bien jurídico de naturaleza jurídico-pública del que no puede disponer el sujeto que lo tiene, pero que incide directamente en su propia identidad como persona. Sin embargo, BOIX (1985, p. 701) considera que el estado civil no tiene entidad suficiente para constituir *per se* el bien jurídico protegido y que éste debe buscarse en cada delito en particular; lo que no excluye, a mi juicio, que el estado civil familiar sea el marco en el que se contienen los bienes jurídicos concretos objeto de protección en los delitos que vamos a estudiar, por lo que se puede utilizar como concepto básico en el que se encuadran esos bienes jurídicos más específicos que de él se derivan.

En esta materia debe tenerse en cuenta que, por imperativo del art. 5 de la LECrim., los problemas civiles que se planteen en torno al estado civil o a la validez de un matrimonio deberán ser resueltos por

los Tribunales de dicho orden, mediante la correspondiente *cuestión prejudicial*.

Los dos primeros Capítulos del Título XII se dedican, respectivamente, a los matrimonios ilegales (Capítulo I) y a la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (Capítulo II), que se corresponden con la distinción entre estado civil matrimonial y estado civil derivado de la filiación. Dentro de este apartado estudiaremos además el delito de usurpación del estado civil, que puede incidir tanto en uno como en otro estado civil.

MATRIMONIOS ILEGALES

En el Capítulo I del Título XII se recogen tres tipos delictivos distintos. El primero de ellos, art. 217, es la bigamia; el segundo, art. 218, una especie de estafa matrimonial; y el tercero, art. 219, un delito especial que puede cometer la persona competente para autorizar un matrimonio. Común a todos ellos es su referencia al estado civil matrimonial. MIR PUIG (1974, p. 435) distingue entre el matrimonio como bien jurídico directamente protegido y el estado civil matrimonial, que sólo se protege por medio de la punición de la celebración de matrimonios prohibidos por la ley. Esta distinción es correcta siempre que se tenga en cuenta que lo que se protege, en definitiva, es la institución matrimonial monogámica como única institución lícita para modificar el estado civil a través del matrimonio (cfr. art. 32 CE y STS 31 enero 1986 con comentario de MIR PUIG, 1986; también BOIX REIG, 1985, p. 714 y TERRADILLOS BASOCO).

A) BIGAMIA

> El art. 217 castiga con la pena de prisión de seis meses a un año al «que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior».

Presupuesto necesario de este delito es la existencia de un matrimonio anterior que no esté judicialmente disuelto. La constatación del matrimonio anterior es, pues, *conditio sine qua non* del delito de bigamia. Si dicha existencia previa es cuestionada, podrá plantearse una *cuestión prejudicial* (art. 5 LECrim.) que deberá ser resuelta por la jurisdicción competente en la materia y en base a las normas civiles que regulan estos problemas. Pero ello no quiere decir que el matrimonio anterior deba ser válido y perfecto en todos sus elementos. La doctrina dominante se inclina por exigir sólo un mínimo de formalidades que le den una apariencia de legalidad, aunque concurran defectos de fondo y forma que lo hagan nulo o anulable. Incluso el matrimonio constitutivo de bigamia puede servir de presupuesto a otro delito de bigamia (MIR PUIG, 1974, pp. 444 ss.). En todo caso, el matrimonio anterior no debe haber sido anulado ni disuelto. El divorcio excluye la posibilidad del delito de bigamia pues, desde el momento en que sea firme la sentencia en la que se declara, puede contraerse nuevo matrimonio. Las normas del Derecho canónico sobre indisolubilidad del matrimonio no son vinculantes para el Derecho civil ni, por tanto, para el delito de bigamia. A la vista del vigente sistema matrimonial se puede decir que el único matrimonio válido es el civil, aunque pueda adoptar diversas formas (como la religiosa). De ello se deduce que comete delito de bigamia quien, casado, vuelve a casarse, cualquiera que sea la forma (civil o religiosa), sin haber disuelto judicialmente el anterior matrimonio. Por ello, quien se case sin que haya sido homologada civilmente, conforme al art. 80 del Código civil, la resolución canónica de nulidad de su matrimonio comete bigamia, pues civilmente continúa ligado a su anterior cónyuge.

Tipo objetivo

Sujeto activo es el que ha contraído el matrimonio anterior no legítimamente disuelto y vuelve a contraer otro, bien sea la mujer o el hombre.

La *acción* consiste en contraer el segundo matrimonio o, mejor dicho, en celebrarlo con las formalidades legales necesarias, aunque, claro está, este matrimonio segundo, sin estar judicialmente disuelto el anterior, será nulo.

Tipo subjetivo

Es necesario que el sujeto activo sepa que su matrimonio anterior no está judicialmente disuelto y a pesar de ello vuelva a casarse.

Consumación

El delito se consuma cuando se realizan todas las formalidades necesarias de perfección del segundo matrimonio, incluida la mutua

aceptación de los cónyuges, no siendo necesaria la cohabitación posterior. Es posible la tentativa (comienzo de la celebración del acto); los actos previos a la celebración deben estimarse como actos preparatorios impunes.

Participación y concurso

Ya hemos dicho que sujeto activo (autor en sentido estricto) es el que realiza el tipo: el casado anteriormente. El otro cónyuge podrá ser castigado como partícipe, inductor o cooperador necesario, si tiene conocimiento de la existencia del anterior matrimonio no disuelto; en caso contrario puede ser, incluso, sujeto pasivo de una estafa (cfr. *infra* art. 218).

La jurisprudencia ha negado la posibilidad de *concurso* entre este delito y las falsedades documentales (STS 10 de octubre 1961). En este proceder jurisprudencial han pesado, como indica MIR PUIG (1974, p. 471), más consideraciones político-criminales que dogmáticas, pues la admisión del concurso llevaría a la insatisfactoria consecuencia de aplicar en la bigamia, casi siempre, una pena excesivamente grave, al ir acompañada normalmente de un delito de falsedad en documento público que tiene asignada una pena más grave que la propia bigamia.

B) CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO INVÁLIDO EN PERJUICIO DEL OTRO CONTRAYENTE

> Art. 218: «1. El que, para perjudicar al otro contrayente, celebrare matrimonio inválido será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.
> 2. El responsable quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado».

Como ya se ha dicho antes, en los casos de bigamia uno de los contrayentes puede actuar de buena fe e incluso ser perjudicado por la celebración del matrimonio. Esto también puede ocurrir con otros casos de celebración de matrimonio inválido por darse causas de nulidad o anulabilidad como la minoría de edad de uno de los contrayentes, el parentesco entre los contrayentes, sin consentimiento o con consentimiento viciado, por error en la identidad del otro contrayente, sin cumplir las formalidades o celebrarse sin la intervención del juez o de testigos, etc. (cfr. arts. 46 y ss. y 73 Cc). En estos casos, el que contrae

matrimonio «para perjudicar al otro contrayente» comete el delito previsto en el art. 218,1, sin perjuicio de que pueda además darse el concurso con otro delito de estafa, abuso sexual, etc. Este ánimo especial de perjudicar convierte además este delito en ley especial respecto al previsto en el art. 217 de bigamia. Por eso, no se entiende muy bien la *excusa absolutoria* que prevé el apartado 2 del art. 218, salvo que en los casos de impedimento convalidable el hecho se considere menos grave, aunque su convalidación no dependa ya del que cometió el delito originario.

C) AUTORIZACIÓN DE MATRIMONIOS ILEGALES

> Art. 219: «1. El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.
> 2. Si la causa de nulidad fuere dispensable, la pena será de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a dos años».

Tipo objetivo

Sujeto activo sólo puede serlo el que tiene poder para autorizar matrimonio, es decir, el juez, alcalde, funcionario u otras personas competentes para ello (cfr. arts. 51 y ss. Cc, modificados por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre).

La *acción* consiste en autorizar un matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente matrimonial (cfr. art. 73 Cc).

Tipo subjetivo

Es necesario que el juez, alcalde o funcionario competente conozca la causa de nulidad.

SUPOSICIÓN DE PARTO Y ALTERACIÓN DE LA PATERNIDAD, ESTADO O CONDICIÓN DEL MENOR

Los delitos recogidos en el Capítulo II se caracterizan por constituir una alteración del estado civil de una persona derivado de la filiación, bien privándole del que le corresponde, bien atribuyéndole uno diferente. A esta idea responden los delitos previstos en el art.

220, mientras que el tipificado en el art. 221, en la medida en que no afecte a la filiación ni tampoco a la seguridad de un menor, constituye más bien la penalización de una práctica bastante extendida, entre otras cosas por las deficiencias y lentitud del sistema de adopción, como es la «venta de niños».

A) LOS TIPOS DELICTIVOS DEL ART. 220

a) Suposición de parto

> Art. 220,1: «La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años».

La acción consiste en simular *haber dado luz a un niño vivo*. No basta para este delito la mera ficción de dar a luz sin realidad concreta (cfr. STS 28 septiembre 1963).

Sujeto activo de la suposición de parto *stricto sensu* puede serlo sólo la mujer que finge el parto.

Sujeto pasivo es el niño cuyo estado civil se altera, suponiéndolo hijo de una mujer que no es su madre. No es preciso que sea un recién nacido, también un niño que no tiene conciencia aún de sus relaciones de familia puede ser sujeto pasivo de este delito. El delito se consuma con la simulación del parto sin que sea precisa la inscripción del niño en el Registro civil; si esto último se lleva a cabo habrá un concurso con un delito de falsedad en documento público. La suposición de embarazo es un acto preparatorio impune.

b) Ocultación o entrega de un hijo

> Art. 220,2: «La misma pena (del apartado 1) se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación».

Tipo objetivo

La *acción* consiste en ocultar o entregar el hijo a un tercero.

Sujeto activo ha de ser uno de los padres. *Sujeto pasivo* puede ser un niño o una persona adulta, pero sin conciencia de su filiación, por ejemplo, un enfermo mental.

Tipo subjetivo

Además del dolo requiere la Ley un elemento subjetivo del injusto: la finalidad de alterar o modificar la filiación del hijo.

Consumación

Basta con la ocultación o la entrega, no es precisa la pérdida efectiva del estado civil del hijo, aunque sí es necesario que la intención del sujeto activo se dirija a ello.

c) Sustitución de un niño por otro

> Art. 220,3: «La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años».

Tipo objetivo

La *acción* consiste en la sustitución de un niño por otro. Mediante la sustitución se introduce un niño en una familia que no es la suya. Es indiferente el sexo del niño, o el que se sustituya por otro niño muerto, o que la sustitución se verifique en el acto del alumbramiento o después, o que los niños trocados hayan sido o no inscritos en el Registro civil. Cuando los niños sustituidos son introducidos en diversas familias hay un solo delito; si se altera el estado civil de uno de ellos se cometería además el delito del apartado 2.

Sujeto activo puede ser cualquier persona (véase *infra* tipo subjetivo). Es indiferente que la sustitución tenga lugar con o sin consentimiento de los padres.

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo. Pero, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del mismo art. 220, cuando la sustitución se produjera en un centro sanitario o socio-sanitario por los responsables de la identificación o custodia del niño, será castigada también la realizada por «imprudencia grave» de estas personas con prisión de seis meses a un año.

d) Inhabilitación especial

> El apartado 4 del art. 220 dispone que «los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los

tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años».

B) TRÁFICO DE MENORES

El art. 221 castiga una serie de conductas relacionadas con el tráfico de menores, es decir, conductas similares a las descritas en el art. 220, pero en las que no se altera la filiación y sí se produce la entrega de una compensación económica. El *bien jurídico protegido* en estos preceptos no tiene, por tanto, directamente nada que ver con el estado civil derivado de la filiación, ni tampoco con la seguridad del niño, que puede incluso verse favorecida con el cambio; pero el legislador ha querido sancionar aquí una conducta que infringe las disposiciones existentes sobre adopción y convierte al menor en una especie de mercancía sobre la que se pueden realizar transacciones económicas.

En el apartado 1 del art. 221 el concepto básico es, por tanto, el de «compensación económica», por cuanto en él descansa la desaprobación penal del acto tipificado. Desde luego, la entrega de un hijo para que viva mejor con otra familia no tiene por qué ser objeto de sanción. La diferencia con el delito previsto en el art. 220,2 es que aquí la acción de entrega no se hace para alterar o modificar la filiación del menor, sino para establecer «una relación análoga a la de filiación», es decir, una especie de filiación de hecho, sin repercusiones en el Registro Civil. La conducta debe llevarse a cabo «eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción».

El hecho puede ser cometido tanto por el ascendiente (padres, abuelos), como por cualquier otra persona, aunque no concurra relación de filiación o parentesco. El apartado 2 del art. 221 castiga además con la misma pena a la persona que reciba al menor y al intermediario «aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero».

Las penas son prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Pero de acuerdo con el apartado 3, «si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar

la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años».

Por su parte, el art. 222 prevé una disposición común a todos los delitos previstos en los artículos 220 y 221, conforme a la cual cuando las conductas en ellos descritas sean realizadas por educador, facultativo, autoridad o funcionario público, en el ejercicio de su profesión o cargo, además de las penas en ellos señaladas se impondrá la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años. Entendiéndose a los efectos de este artículo, según dispone el apartado 2 del mismo, que el término facultativo comprende a los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL

Dice el art. 401: «El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años».

Tipo objetivo

Aunque este precepto se sitúe en el Código penal entre las falsedades, está mucho más relacionado con los delitos que inciden en el estado civil familiar de las personas. La acción consiste en simular una filiación distinta de la que corresponde al sujeto. La persona cuyo estado civil se usurpa ha de ser real, siendo indiferente que haya o no fallecido. La simulación debe llevarse a cabo para usar de los derechos y acciones de la persona cuyo estado civil se suplanta. De ello deduce un sector de la doctrina y la jurisprudencia la exigencia de que la persona suplantada exista, «pues un ser que no existe no posee estado civil alguno y por tanto no es posible su usurpación» (cfr. SSTS 6 diciembre 1985 y 26 mayo 1986). Sin embargo, el Código no exige para nada este requisito y no parece relevante, sobre todo si se tiene en cuenta que en el momento de la usurpación la gente puede muy bien no saber que la persona cuyo estado civil se usurpa ha muerto, bastando sólo con que la usurpación sea creíble o verosímil (en este sentido, QUINTERO, Comentarios, p. 1757).

Tipo subjetivo

El dolo va implícito en la misma expresión «usurpar». Aunque no es necesario un elemento subjetivo específico de ejercitar las acciones

y derechos de la persona suplantada, la consumación requiere que se ejercite alguno de los derechos o acciones a que autoriza el estado civil, suplantándolo aunque sólo sea momentáneamente.

CAPÍTULO XIII

B) Delitos contra los derechos y deberes familiares: Abandono de familia. Impago de prestaciones acordadas judicialmente. Abandono de menores e incapaces. Utilización de menores o incapaces para la mendicidad. Quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores al abandono de domicilio. Sustracción de menores. Excurso: Omisión del deber de socorro y denegación y abandono de asistencia sanitaria

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ACOSTA PATIÑO, *Utilización y préstamo de menores para la mendicidad. Estudio del artículo 489 bis del Código penal,* RDPC 1991; ALAMILLO CAMILLAS, *La solidaridad humana en la Ley penal,* Madrid 1962; BELLO LANDROVE, *Los delitos contra la familia,* Madrid 1978; BERISTAIN IPIÑA, *Cuestiones penales y criminológicas,* Madrid 1979; BERMÚDEZ OCHOA, *El problema de la responsabilidad civil en el delito de abandono de familia por impago de pensiones del art. 487 bis del Código penal,* AP 1994; BUSTOS PUECHE, *Conductas incriminadas en el art. 487 del Código penal,* ADP 1978; CARBONELL MATEU, *Consideraciones en torno al delito de abandono de familia*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; CARMONA SALGADO, *La utilización y tráfico de menores para la práctica de la mendicidad (Art. 489 bis),* en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; CHOCLÁN MONTALVO, *La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones*, La Ley 1995; DIEGO DÍAZ SANTOS, *Delitos contra la familia,* Madrid 1974; DOLZ LAGO, *La protección penal de la familia entre los viejos y nuevos paradigmas familiares,* AP 1995; FERRER SAMA, *Abandono de familia,* NEJ II, 1950; FLORS MATIES, *Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del art. 487 bis del Código penal*, RGD 1993; GARCÍA, S., *Notas sobre la reforma del abandono de familia y de niños en la LO 3/1989, de 21 de junio,* PJ núm. especial XII, 1990; GÓMEZ PAVÓN, *El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis C.P.). Su posible inconstitucionalidad,* CPC 1991; GONZÁLEZ GUITIÁN, *El abandono de familia, cuestiones de política criminal,* EPC 1976/1977; el mismo, *El incumplimiento de resoluciones judiciales en procedimientos matrimoniales y de filiación*, EPC 1993/1994; HIJAS PALACIOS, *El delito de abandono de familia,* La Ley 1986; LAURENZO COPELLO, *El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio*, CPC 1993; MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas,* Granada 1988; MARTÍNEZ MALDONADO, *Elementos del tipo de delito de abandono de familia en la Jurisprudencia criminal*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Consideración jurídico-penal del así*

llamado abandono de familia, CPC 1987; PÉREZ MANZANO, *El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio*, PJ 1991; POLAINO NAVARRETE, *El abandono de familia en el Derecho Penal Español*, Sevilla 1979; el mismo, *El delito de abandono de familia (art. 487)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; el mismo, *Impago de prestación económica familiar (art. 487 bis)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; RODRÍGUEZ RAMOS, *Notas sobre la futura protección penal de la familia*, RFDUM 1978; VAELLO ESQUERDO, *Contenido sustancial del abandono de niños (artículo 488 del C.P.)*, RFDUC monográfico 11, 1986; el mismo, *La utilización de menores para la mendicidad*, EPC 1988/1989.

Sobre el Código penal de 1995: BERNAL DEL CASTILLO, *El delito de impago de pensiones*, Barcelona 1997; CERES MONTES, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código penal*, Madrid 1996; CORTÉS BECHIARELLI, *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid 1996; el mismo, *La acción típica en el delito de utilización de menores o incapaces para la mendicidad*, El Derecho 2001; DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia 1999; el mismo, *Los delitos contra la custodia de menores e incapaces: consideraciones generales y análisis del art. 223 del Código* penal, en Homenaje a Torío, Granada 2000; el mismo, *Las figuras de delito de abandono y entrega indebida de menores o incapaces*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; GARCÍA ARÁN, *El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código penal de 1995*, en Delitos contra la libertad y seguridad, CDJ 1996; LAURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Valencia 2001; el mismo, *La nueva configuración típica del delito de abandono de familia*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; MARTÍN GARCÍA, *Análisis del art. 226 del Código penal*, RGD 1998; MARTÍN LÓPEZ, *El principio de igualdad: Los hijos extramatrimoniales en el delito de impago de pensiones*, Derecho privado y Constitución 1997; MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia 2003; MOYA VARGAS, *El delito de inasistencia alimentaria*, RDPC 2001; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1999; SILLERO CROVETTO/ LAURENZO COPELLO, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Sevilla-Málaga 1996; TORRES FERNÁNDEZ, *Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia*, La Ley 2003; VIDORRETA RUIZ, *Comentarios al art. 227 del Código penal de 1995*, CPC 1997.

Sobre omisión del deber de socorro y denegación y abandono de asistencia sanitaria, véase *infra*: excurso.

B) DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES

Nos vamos a ocupar ahora de los «delitos contra los derechos y deberes familiares» del Capítulo III del Título XII. Ciertamente, estos

delitos se dan normalmente en el seno de las relaciones familiares o por quebrantamiento de los deberes que surgen dentro de las mismas. Pero, a diferencia de lo que sucede con los delitos tipificados en los Capítulos I y II de este Título XII y que ya hemos estudiado anteriormente (cfr. *supra* capítulo anterior), en los que el bien jurídico protegido común a todos ellos era el estado civil determinado por la pertenencia a una familia, en los delitos tipificados en el Capítulo III de este Título la razón de su incriminación se basa más en el derecho a la seguridad material que se deriva de esas relaciones familiares. El término «seguridad» indica lo contrario de «peligro» o, mejor, significa ausencia de todo peligro y, en este sentido, ni la Ley penal ni nadie puede garantizar una protección absoluta que excluya todo peligro, ya que es inevitable un cierto grado de peligro en toda actividad humana. La «seguridad» a la que aquí nos referimos debe ser entendida como la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona de ser ayudada por sus familiares obligados a ello en el caso de que así lo necesite, o, por lo menos, de no ser puesta en situación peligrosa por esos familiares. A este contenido responden los delitos tipificados en las Secciones primera y tercera del Capítulo III, aunque en relación a la Sección segunda (de la sustracción de menores, introducida por la LO 9/2002, de 10 de diciembre) esta idea no juega un papel tan decisivo. Trastocando un poco el orden legal empezaremos por el abandono de familia y el impago de pensiones, para seguir con los delitos relacionados con menores o incapaces: el abandono, la utilización para la mendicidad, el quebrantamiento de la custodia, la inducción al abandono de domicilio y la sustracción de menores.

Posteriormente trataremos, en un excurso final, de la omisión del deber de socorro y de la denegación y abandono de asistencia sanitaria del Título IX, que también responden a la misma idea de seguridad material que los anteriores delitos, aunque en un contexto más amplio que el puramente familiar.

ABANDONO DE FAMILIA

Dice el art. 226,1: «El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses».

El presupuesto de este delito es doble: por un lado, en el inciso primero del art. 226,1 está constituido por la presencia de alguno de los deberes asistenciales inherentes a las instituciones familiares mencionadas en él: patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar; mientras que, por otro lado, en el inciso segundo se refiere a la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuge. En ambos casos el delito de abandono de familia se construye técnicamente como una norma penal en blanco cuyo supuesto de hecho debe buscarse en los preceptos civiles reguladores de estos deberes.

La indeterminación de algunos de los deberes mencionados en el inciso primero, o su excesiva amplitud, plantea algunos problemas de importancia práctica a la hora de delimitar la materia de prohibición penal. En la configuración de este delito en el anterior Código penal algún sector de la doctrina consideraba, para evitar una desmedida ampliación del tipo al incumplimiento de deberes puramente morales, que dichos deberes eran sólo los de contenido económico, como los de alimento. Ahora estos deberes de alimento están encuadrados en el inciso segundo, por lo que habrá que interpretar que los del inciso primero son los emanados de las instituciones allí citadas. Pero independientemente de estos deberes, en el inciso segundo se menciona, autónomamente, una obligación específica de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida «para el sustento» de ascendientes, descendientes o cónyuge cuyo incumplimiento constituye siempre delito, existan o no otros deberes. Respecto a los cónyuges los deberes de asistencia existirán en tanto subsista el matrimonio o no haya separación de hecho o de derecho; la intervención judicial modifica el status familiar, convirtiendo esos deberes en obligaciones de otra clase cuya frustración o incumplimiento puede dar lugar a otros delitos, como el de impago de prestaciones acordadas judicialmente (véase *infra*).

Tipo objetivo

Se trata de un delito de omisión del cumplimiento de determinados deberes legales de asistencia. Este incumplimiento puede tener su origen en cualquier forma de conducta, ya que el Código penal de 1995, a diferencia del anterior, no restringe el ámbito de lo punible al abandono del domicilio o a una conducta desordenada (cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 193 ss.).

Sujeto activo es el obligado al cumplimiento de los deberes mencionados en el art. 226,1. Sujeto pasivo es la persona en relación a la cual se establecen esos deberes.

Tipo subjetivo

El dolo requiere el conocimiento del incumplimiento de los deberes mencionados. El error sobre la existencia de los mismos, dado que pertenecen al tipo, debe considerarse como un error de tipo del art. 14,1.

Inhabilitación especial

El apartado 2 establece que «el Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».

IMPAGO DE PRESTACIONES ACORDADAS JUDICIALMENTE

La reforma de 1989 introdujo este delito en el Código penal anterior y ahora se regula en el art. 227 con algunas importantes diferencias:

> «1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.
> 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.
> 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas».

Bien jurídico protegido y autonomía del delito: su relación con el abandono de familia y el alzamiento de bienes

Respecto al *bien jurídico protegido*, aunque algún sector doctrinal ha querido ver en este delito un intento de proteger bienes jurídicos

como la vida, la salud o la integridad física o bienestar de los beneficiarios de las pensiones, lo cierto es que el legislador ha penalizado la simple desobediencia, con los requisitos temporales establecidos en el tipo, a la resolución judicial en la que se acuerden las pensiones. El delito, por tanto, existe independientemente de que el nivel de los beneficiarios de las pensiones sea alto o bajo, incluso aunque sea superior al del obligado al pago de la pensión. Por consiguiente, constituye requisito esencial de este delito el que la prestación económica en favor del cónyuge o los hijos se encuentre establecida en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, lo que sitúa en primer plano la desobediencia a la resolución judicial, configurándose en realidad una forma específica de la misma que puede estimarse lesiva de la Administración de Justicia por la ineficacia de las resoluciones judiciales que provoca (en contra de esta tesis, BERNAL DEL CASTILLO, p. 38, que insiste en que el bien jurídico protegido en este delito es la vida, la salud, la educación, etc., de los beneficiarios, a pesar de que reconoce que la redacción del precepto no da base para ello). Ciertamente ello le da a este delito un carácter formalista, más afín a un delito contra la Administración de Justicia que a un delito contra la familia, pero no debe olvidarse que la penalización de estas conductas pretende el aseguramiento de los deberes de carácter material más importantes en el ámbito estrictamente familiar y que es, en definitiva, ésta la *ratio legis* del precepto. La puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales de los beneficiarios de la pensión puede castigarse por otros delitos como el abandono de familia, el abandono de menores o incapaces o incluso la omisión del deber de socorro. Precisamente, el delito de abandono de familia se caracteriza por tratarse de una omisión de prestación de deberes legales de asistencia necesaria para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuge que se hallen necesitados y por no requerir una resolución judicial expresa que establezca estos deberes, mientras que el impago de pensiones sí exige este último requisito y, en cambio, no tiene en cuenta la situación económica en que se encuentren los beneficiarios de la pensión. Ello permite, en teoría, el concurso entre ambos delitos, aunque lo normal será que se den en una relación de alternatividad y que, en consecuencia, baste con la aplicación del que sea de más fácil prueba en el correspondiente proceso, dada la igualdad de las penas aplicables. En todo caso, una prueba de la autonomía del impago de pensiones frente al abandono de familia es su condicionamiento temporal, que no exige el abandono: si el impago de la prestación acordada judicialmente no llega a

alcanzar el tiempo exigido en el art. 227,1 el hecho no es punible, salvo que se trate de una prestación económica establecida de forma conjunta o única, en cuyo caso se aplicará el art. 227,2.

En todo caso, las conductas descritas en el art. 227 sólo son punibles en la medida en que el obligado al pago pueda hacerlo, pues lo contrario supondría convertir el delito en una especie de «prisión por deudas», lo que sería inconstitucional y contrario al art. 11 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966. Igualmente es necesario que el sujeto conozca que está obligado a dicho pago y omita su cumplimiento dolosamente. Ello plantea entonces la relación entre el impago de pensiones y el delito de alzamiento de bienes previsto en el art. 257. Ciertamente, ambos tienen un presupuesto común, en la medida en que ambos tipos delictivos exigen la existencia de un derecho de crédito preexistente a la comisión del delito. Pero en el alzamiento de bienes no es necesario que dicho derecho esté ya declarado en una sentencia judicial, ni que sea exigible. El alzamiento de bienes sí exige, en cambio, que además del incumplimiento de la obligación exista una *insolvencia*, entendida como incapacidad aparente del patrimonio del deudor para hacer frente con todos sus bienes presentes y futuros al cumplimiento de sus obligaciones (art. 1911 Cc), lo que no exige el impago de pensiones, que sanciona el mero incumplimiento, en los plazos legalmente previstos, del pago de las pensiones. Pero el carácter de «prisión por deudas» que podría tener este delito queda salvado por su referencia a la decisión judicial, cuyo incumplimiento es, como ya se ha dicho, lo que le da razón de ser, y por su conexión con la «seguridad y bienestar» de los beneficiarios de las pensiones, que se configura como un bien jurídico «sui generis» junto al derecho de crédito, que indudablemente es también objeto de protección del alzamiento de bienes. Esto posibilita, por tanto, que se pueda admitir un concurso de delitos entre ambos. Pero hay que tener en cuenta la particular excusa absolutoria del art. 268, aplicable en el alzamiento de bienes cuando los sujetos pasivos son ascendientes o descendientes, no así en el caso del cónyuge que estuviera separado legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio. Esta excusa absolutoria impide aplicar el delito de alzamiento de bienes frente a los hijos, e incluso frente al hijo aún no nacido, y el hecho tampoco puede ser castigado, en principio, por el delito de impago de pensiones mientras no haya una decisión judicial que imponga dicha obligación (para más detalles, véase MUÑOZ CONDE, 1999, pp. 226 ss.).

Tipo objetivo

Sujeto activo es el cónyuge o progenitor obligado a realizar las prestaciones establecidas judicialmente. *Sujeto pasivo* pueden serlo los beneficiarios de esas pensiones, es decir, el cónyuge o los hijos.

La *conducta típica* es una simple *omisión u omisión propia* que no requiere, como ya se ha dicho, de ningún resultado como consecuencia del impago. El único requisito que debe cumplirse es que la omisión se reitere en los plazos previstos en el art. 227,1, cuando se trate de obligaciones a pagar en plazos: dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos; cuando no es así y la obligación haya sido establecida de forma conjunta o única, basta con el incumplimiento de la misma (art. 227,2). Los incumplimientos parciales, bien por no pagar la cantidad en su integridad o por discriminación en el pago a uno de los beneficiarios (por ej., al cónyuge), también constituyen el delito, aunque algún sector doctrinal restringe su aplicación en el primer caso a supuestos en que el incumplimiento sea relevante o en cantidades importantes (en este sentido, PÉREZ MANZANO, p. 47; LAURENZO COPELLO, 1993, p. 801; GÓMEZ PAVÓN, p. 304). Naturalmente, como todo delito de omisión, la existencia del mismo depende de que el sujeto activo pueda cumplir las prestaciones a las que está obligado (*ad impossibilia nemo tenetur*). Este requisito es casi siempre en la práctica objeto de controversia, ya que muchas veces los obligados al pago alegan que no pueden realizarlo. La picaresca es abundante aunque, como en casi todos los casos de frustración o incumplimiento de obligaciones de carácter económico, se reduce principalmente a conductas de ocultación de ingresos o activos patrimoniales («cobrar en dinero negro», poner bienes a nombre de otras personas) o de aumento del pasivo (con obligaciones simuladas en favor de otras personas, etc.). Obviamente, en la medida en que ello sea verdad y la incapacidad no se deba a una maniobra fraudulenta, no cabe hablar de este delito, pues de lo contrario la condena penal supondría una auténtica «prisión por deudas». En estos supuestos cabe revisar el convenio, reducir la cuantía de las prestaciones, o que se concedan facilidades para el pago. Todo ello condiciona lógicamente la aplicación de este delito y lo convierte más en una «espada de Damocles» para el obligado a pagar la pensión que en un auténtico delito público, lo que además se confirma por el carácter de delito semipúblico, que, en principio, sólo puede ser perseguido penalmente, igual que el abandono de familia, previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 228).

A los efectos de la determinación de la responsabilidad civil y de la aplicación de la atenuante del art. 21,5ª, el apartado 3 del art. 227 dispone que «la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas». Esto había sido una de las cuestiones más debatidas desde que se introdujo este delito en la reforma de 1989, que no regulaba expresamente este problema, que ahora ha sido solucionado en el Código penal de 1995.

Tipo subjetivo

En este delito sólo es punible la comisión dolosa del mismo; por tanto, es preciso que el sujeto sepa que tiene obligación de realizar los pagos y que, sin embargo, no quiera hacerlo. Pero obviamente, a diferencia de lo que sucede en otros delitos estructuralmente similares (sobre todo el alzamiento de bienes), es necesario que esas obligaciones estén ya previamente establecidas por convenio o resolución judicial, por lo que el elemento subjetivo específico del impago de pensiones está más relacionado con el dolo de un delito de desobediencia que con el de las insolvencias y fraudes patrimoniales. Las conductas imprudentes, basadas en una defectuosa comprensión de la resolución judicial o de alguno de sus extremos, siempre que no sea un ardid o treta para dilatar el pago, no deben dar lugar a una sanción penal, aunque de todas formas cabe siempre que el sujeto utilice los plazos temporales marcados en el art. 227,1 para dificultar o retrasar los pagos; pero mientras el pago se realice finalmente dentro de esos plazos, el hecho no puede ser castigado.

El transcurso de los plazos se convierte así en una *condición objetiva de penalidad*, que, en parte, puede favorecer al obligado y, en parte, puede perjudicarle. Lo que no cabe en ningún caso es la pura objetivación del delito y que, sin más comprobaciones del elemento subjetivo ni del estado de solvencia del sujeto activo, se le pueda condenar una vez que se compruebe el transcurso de los plazos y el impago de las pensiones.

Causas de justificación

Por las razones ya dichas, en caso de pobreza o insolvencia fortuita sobrevenida, más que con un *estado de necesidad* debe resolverse el

problema adaptando el importe de la pensión al estado económico del obligado al pago o concediéndole alguna moratoria, que, en la medida en que sea aprobada judicialmente, destipifica el impago. Cualquier modificación de la cuantía de las pensiones, moratoria de las mismas, condiciones de pago, etc., debe, por tanto, ser aprobada por resolución judicial, que se convierte así en el punto de referencia obligado de la existencia de este delito (cfr. art. 91 Cc). Sólo en algún caso extremo de ruina repentina, accidente, etc., podría aplicarse directamente el estado de necesidad.

Condición objetiva de perseguibilidad

Según el art. 228, tanto el delito de abandono de familia, como el de impago de pensiones «sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

ABANDONO DE MENORES E INCAPACES

Este delito está tipificado en el Código en los arts. 229, 230 y 231. En cada uno de sus distintos apartados el *bien jurídico protegido* es diferente; unas veces es la seguridad del menor o incapaz en un sentido amplio; otras, la seguridad referida a un peligro para la vida, salud, integridad física o libertad sexual de un menor o incapaz; y, otras, la inobservancia de determinados deberes de vigilancia o asistenciales, cuando no una mezcla de ambos (cfr. VAELLO ESQUERDO, 1986, pp. 701 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, Valencia 1999, pp. 108 ss.).

Los distintos tipos recogidos en el Código pueden subdividirse en: abandono propio (art. 229) y abandono impropio (art. 231), quedando como un tipo intermedio el abandono temporal del art. 230. A ellos hay que añadir las faltas relativas al cuidado de menores e incapaces de los arts. 618 y 619. A los efectos de aplicar estos y otros delitos de este capítulo, el concepto de «incapaz» viene dado por el art. 25.

I. ABANDONO PROPIO

Dentro de este apartado hay que distinguir según que el abandono haya puesto o no en peligro la vida del menor o incapaz. A su vez, común a ambos es el tipo privilegiado del art. 230 para el supuesto de abandono temporal.

A) ABANDONO SIN PELIGRO

a) Tipo básico

> Dice el art. 229,1: «El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años».

Tipo objetivo

Sujeto pasivo es el «menor de edad o incapaz». Lo decisivo es la situación de desamparo en que se coloca al menor o incapaz, debiendo tenerse en cuenta las condiciones de seguridad en que queda el sujeto pasivo, su edad o su grado de madurez para poder valerse por sí mismo, etc.

El resultado es el abandono, es decir, la situación de desamparo en que queda el menor o incapaz a consecuencia de la omisión del deber de cuidado, debiendo ser, para poder aplicarse este apartado 1, un abandono permanente (sobre el abandono temporal véase *infra*).

Tipo subjetivo

Es necesario que el sujeto activo conozca la situación de inseguridad en que queda el menor o incapaz. Si el sujeto se representó esa situación, pero confió en que no se produciría, falta el dolo, no existiendo responsabilidad penal.

Consumación

El delito se consuma en el momento en que se produce la situación de falta de seguridad y se omite el deber de cuidado.

b) Cualificación

En el apartado 2 del art. 229 se prevé un *tipo cualificado* (prisión de dieciocho meses a tres años), «si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales».

B) ABANDONO CON PELIGRO

El apartado 3 del art. 229 dice que, «cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz», se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años, «sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave».

Se trata de un tipo cualificado del abandono normal anteriormente estudiado que se da cuando se da peligro concreto para la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor o incapaz. Las circunstancias del abandono han de ser, pues, idóneas para producir tal peligro, y el dolo del autor ha de referirse a una situación concreta de peligro para los bienes jurídicos señalados.

Si a consecuencia de esta situación de peligro para la vida, salud, etc., del menor o incapaz sobreviene la muerte o se producen lesiones o un delito sexual contra éstos, se dará el correspondiente concurso de delitos, salvo que con el abandono se haya querido precisamente cometer estos delitos, quedando entonces el abandono consumido por el delito en cuestión, del que sólo ha sido un medio de comisión.

C) TIPO PRIVILEGIADO

El art. 230 prevé las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior, en sus respectivos casos, cuando el abandono del menor o incapaz sea temporal.

II. ABANDONO IMPROPIO

a) Tipo básico

> Dice el art. 231,1: «El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses».

Aquí ya no se trata de la seguridad del menor o incapaz, o, por lo menos, no directamente, sino de la infracción de un deber de vigilancia y custodia sobre el menor.

Tipo objetivo

Sujeto pasivo es el menor de edad o incapaz.

La acción consiste en entregar al menor o incapaz a un establecimiento público o a otra persona, es decir, supone el paso del menor o incapaz a manos de una persona distinta de aquélla a la que se le ha confiado.

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo. El error sobre la existencia de consentimiento de quien haya confiado el menor o incapaz debe tratarse como error de tipo.

b) Tipo cualificado

Según el apartado 2 del art. 231: «Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años».

III. FALTAS RELATIVAS AL CUIDADO DE MENORES O INCAPACES

> En los arts. 618 y 619 se castigan como faltas una serie de conductas que afectan, más o menos directamente, a la seguridad de menores o incapaces:
>
> – Art. 618: «1. Serán castigados con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presenten a la autoridad o a su familia, o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.
> 2. El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».
> El tipo es subsidiario de los delitos relativos a la seguridad del menor o incapaz, pero obviamente también del de omisión del deber de socorro (véase *infra*), que es, de algún modo, el tipo básico de todos los delitos contra la seguridad.

– En el art. 619 se castiga con la pena de multa de diez a veinte días a «los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados».

UTILIZACIÓN DE MENORES O INCAPACES PARA LA MENDICIDAD

En el art. 232 se tipifica este delito, ya introducido en el anterior Código penal por la reforma de 1989:

> «1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.
> 2. Si para los fines del apartado anterior se traficare con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años».

El art. 232 contiene en el apartado 1 un tipo básico consistente en utilizar o prestar a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad y en su apartado 2 un tipo cualificado con tres situaciones consistentes en traficar con menores o incapaces, utilizar con ellos violencia o intimidación, o suministrarles sustancias perjudiciales para la salud, siempre que se lleven a cabo con la finalidad de destinar al menor o incapaz a la práctica de la mendicidad.

El núcleo del injusto viene condicionado, pues, por esa dedicación del menor a la recaudación económica mediante la solicitud de la dadivosidad ajena. Ello plantea inmediatamente cuál es la relación de esta conducta con el o los bienes jurídicos tradicionalmente protegidos por los tipos de abandono anteriormente examinados. Al respecto cabe decir que en la conducta del párrafo primero, la relación con la seguridad del menor o incapaz es un tanto lejana: tanto si se le utiliza como si se le presta para la mendicidad, su seguridad no tiene por qué verse afectada a no ser que se entienda que tales prácticas constituyen un peligro abstracto para la misma, entendiéndola, además, en términos genéricos. Y tanto en la utilización como en el préstamo del menor, éste permanecerá normalmente en el ámbito de la patria potestad, tutela o guarda de quien la ejerza.

Por ello, es otra la situación que se pretende evitar con la previsión de este delito: la instrumentalización de menores o incapaces para la

obtención de un lucro económico, «de lamentable actualidad» según el preámbulo de la Ley de reforma de 1989. De esta forma, lo protegido en el apartado 1 coincide más propiamente con la dignidad humana, reconocida como derecho fundamental en el artículo 10 de la Constitución española, y ello se confirma en la medida en que lo castigado no es la *práctica* de la mendicidad, sino la dedicación de menores o incapaces a la misma por un tercero que se supone obtiene beneficios con ello; el posible perjuicio que esta conducta representa, por ejemplo, para la educación del menor, se sitúa en un segundo plano y en esa mediata relación con su seguridad a que se acaba de hacer referencia.

En cambio, las conductas recogidas en el apartado 2 del mismo art. 232 son heterogéneas y afectan a bienes jurídicos distintos, aunque es común a todas ellas la finalidad de dedicación a la mendicidad: en el tráfico, por las razones señaladas para el apartado 1, se afecta primordialmente a la dignidad del menor o incapaz, al convertirles en objeto de comercio. La utilización de violencia o intimidación y el suministro de sustancias perjudiciales del segundo inciso afectan, respectivamente, a la libertad y a la salud.

Entrando en los requisitos de las diferentes conductas típicas, la recogida en el apartado 1 consiste, como se ha dicho, tanto en utilizar al menor o al incapaz, como en prestarlo a terceras personas para la práctica de la mendicidad. Para la STS de 10 de noviembre de 2000, este delito es aplicable cuando se instrumentaliza al menor para la recaudación del dinero, pero no cuando simplemente se le lleva como mero acompañante para despertar la caridad ajena (véase comentario de Cortés Bechiarelli, 2001). El préstamo supone la voluntad y el acuerdo de reintegrarlo a su ámbito propio, por lo que no constituye propiamente una conducta de abandono.

El concepto de mendicidad se corresponde estrictamente con la solicitud de dádivas sin contraprestación alguna y por ello difícilmente pueden incluirse aquí situaciones en las que el menor vende objetos u ofrece a cambio pequeños servicios (limpieza de vehículos, etc.), en las que pueden producirse abusos graves, pero que se encuadran antes en el amplísimo concepto de economía sumergida que en el de mendicidad.

El segundo apartado del art. 232 se relaciona con el primero sólo a partir de los fines que presiden las conductas reguladas: traficar, violentar, intimidar o suministrar sustancias perjudiciales al menor o incapaz con el fin de dedicarlo a la mendicidad. Por ello no se trata

de tipos cualificados del anterior para los que haya que exigir que tal dedicación se produzca: basta con que se persiga como finalidad.

El tráfico consiste en la utilización del menor o incapaz como objeto de intercambio económico, con obtención de beneficios comerciales, mientras que los conceptos de violencia o intimidación deben dotarse del mismo contenido que en otras ocasiones en que el Código penal los utiliza, no siempre nítidamente; en todo caso, la especificada en este delito, por la finalidad que lo preside y la gravedad de su pena, desplaza a los tipos de amenazas y coacciones.

El suministro de sustancias perjudiciales para la salud, como narcóticos, relativamente frecuente en niños de muy corta edad, constituye un delito de peligro para la salud del menor, ya que no se exige que el perjuicio se haya producido efectivamente.

DISPOSICIÓN COMÚN AL ABANDONO DE MENORES E INCAPACES Y A SU UTILIZACIÓN PARA LA MENDICIDAD

El art. 233 prevé que el Juez o Tribunal pueda imponer a los responsables de los delitos previstos en los arts. 229 al 232 la pena de *inhabilitación especial* para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Además el apartado 3 de este artículo dispone que el Ministerio Fiscal solicite a la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.

QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA E INDUCCIÓN DE MENORES AL ABANDONO DE DOMICILIO

La Sección primera del Capítulo III del Título XII contiene unos delitos que en el anterior Código penal se tipificaban como delitos contra la libertad y seguridad. Esto motivó que algún sector doctrinal los considerara como delitos contra la libertad del menor, cuando éste tenía por sí mismo capacidad para ejercer su libertad ambulatoria, o contra la libertad de sus padres o guardadores de decidir provisionalmente los destinos del menor, aunque ya otros autores destacaran los derechos inherentes a la patria potestad, tutela o mera guarda, como el bien jurídico protegido (sobre la regulación anterior del delito de sustracción de menores y afines, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 182 ss.). En el Código penal de 1995 se distribuyen los antiguos delitos de sustracción de menores en diferentes lugares: por un lado, la privación de libertad de movimiento del menor o, cuando el menor no pueda valerse por sí mismo, el sustraerlo a la relación de custodia o guarda legal, constituye un delito de detenciones ilegales y, en la medida en que se exija un rescate o se imponga una condición para su liberación, un secuestro (cfr. arts. 163 y 164, y lo dicho *supra* capítulo VI), salvo que constituya sustracción de menores (véase *infra*); por otro lado, se tipifican como delitos contra las relaciones familiares otros actos que recaen no sólo sobre el menor, sino también sobre incapaces y que quebrantan determinados derechos de carácter familiar en relación con ellos (sobre esta regulación véanse CORTÉS BECHIARELLI, 1996; DÍEZ RIPOLLÉS, 1999). Tres son los tipos delictivos que se contienen en esta Sección primera:

A) NO PRESENTACIÓN DEL MENOR O INCAPAZ

Art. 223: «El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave».

La aplicación de este precepto supone que el sujeto activo tiene derecho a la custodia del menor o incapaz; de lo contrario, el delito que cometería sería un delito de detenciones ilegales. A partir de ahí, el art. 223 castiga la no presentación cuando haya obligación de hacerlo a requerimiento de las personas que tienen ese derecho. La presentación no equivale a la entrega, por lo que puede haber obligación de presentar al menor o incapaz, pero no de entregarlo a la persona que requiere la presentación. Lo que el art. 223 sanciona es, pues, una ocultación, por eso el delito sólo puede cometerse respecto a aquellos menores o incapaces que no puedan decidir por sí mismos, pues, de lo contrario, habría también un delito de detenciones ilegales.

Fuera del precepto quedan los casos de separación matrimonial en los que el cónyuge que tiene la custodia del menor o incapaz no permite el «derecho de visita» al otro cónyuge; aunque puede darse un delito de desobediencia a la decisión judicial en la que se acordó tal derecho (cfr. art. 556), un delito de sustracción de menores (art. 225 bis) o la falta del art. 622 (véase *infra*).

La justificación a la que alude el precepto puede deberse a que, en el momento en que el guardador es requerido, el menor o incapaz se encuentra en otro lugar, pudiendo en ese caso la presentación ser sustituida por dar razón del paradero o del lugar donde se encuentra el menor (para DÍEZ RIPOLLÉS, 1999, p. 40, ello no es suficiente; véase también *infra* art. 225).

B) INDUCCIÓN DEL MENOR A ABANDONAR EL DOMICILIO

> Art. 224: «El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.
> En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa».

Dado que hasta la mayoría de edad, salvo los supuestos de emancipación, el menor de edad o, en su caso, el incapaz tiene, en principio, el domicilio de sus padres o guardadores, inducirle a que lo abandone constituye una infracción de esa norma del Derecho de familia. La inducción ha de ser directa y eficaz, por ejemplo, dándole dinero, ofreciéndole un empleo, o influyendo notablemente en su decisión; no es típico, por tanto, en el sentido del art. 224 el mero consejo o la recomendación. Pero para valorar la eficacia de la inducción hay que tener en cuenta las circunstancias personales del menor o incapaz, su grado de inteligencia, su edad, etc. Desde luego, no es igual el grado de inducción requerido para inducir a un menor de ocho años que para hacerlo con uno de diecisiete. Desde el punto de vista sociológico, hay que tener además en cuenta, en el caso del menor, el nivel de dependencia económica que tenga respecto a sus padres y el hecho de que el menor viva ya solo, aunque sea con el consentimiento paterno. Si la inducción no va seguida del abandono del domicilio, o se frustra de algún modo, habrá tentativa.

La LO 9/2002, de 10 de diciembre, que introdujo la Sección 2ª («De la sustracción de menores», véase *infra*), modificó también el art. 224, añadiéndole el apartado segundo, que prevé la imposición de la misma pena (un tanto innecesariamente, dado que autor del delito previsto en el párrafo primero puede ser cualquiera) al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido

por la autoridad judicial o administrativa. Pero si se dan los presupuestos del art. 225 bis, será éste de preferente aplicación (véase DÍEZ RIPOLLÉS, Comentarios II, pp. 1170 y 1222).

C) ATENUACIÓN

> Art. 225: «Cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a veinticuatro horas».

La atenuación supone que los delitos respectivos ya se han consumado, pero el posterior comportamiento del autor, disminuyendo la gravedad del hecho, es valorado positivamente, atenuándose la pena (prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a ocho meses), pero ello se condiciona a que no se hayan cometido determinados delitos o malos tratos contra el sujeto pasivo y a que la ausencia de éste no supere las veinticuatro horas o se haya comunicado el lugar de estancia. Si no se cumplen estos requisitos es posible que además se den otros delitos, con los que éstos entran en concurso (abusos sexuales, relativos a la prostitución, etc.).

SUSTRACCIÓN DE MENORES

La LO 9/2002, de 10 diciembre, introdujo en el Código penal el art. 225 bis. En él, bajo la rúbrica «De la sustracción de menores», se tipifican a partir de un tipo básico contenido en el apartado 1, diversos supuestos de una modalidad delictiva que no quedaba plenamente regulada en el Código penal. Lo primero que hay que decir es que no se trata de unas «detenciones ilegales», que, fuera de los casos previstos en el art. 225 bis, siguen siendo punibles en base a los arts. 163 y ss. (cfr. *supra* capítulo VI), sino más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores. El hecho se ha dado con bastante frecuencia, sobre todo en los casos de ruptura entre miembros de la pareja de diferente nacionalidad e inclu-

so concepción cultural opuesta (sobre los orígenes de este precepto, cfr. TORRES FERNÁNDEZ). Muchas veces uno de los progenitores quiere llevarse a los hijos habidos en común a otro lugar o incluso a otro país, sustrayéndolos o impidiendo cualquier relación con el otro progenitor que tiene la custodia concedida judicialmente. Pero igualmente puede suceder incluso entre parejas con residencias cercanas. El ámbito de los posibles sujetos activos se extiende también en el apartado 5 «a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad».

Un elemento importante en el tipo básico que se regula en el apartado 1 del art. 225 bis es que el progenitor que sustrae al menor lo haga «sin causa justificada». No se trata, pues, sólo de una desobediencia puramente formal a la decisión judicial, sino que desde el primer momento se excluyen del tipo las situaciones en las que dicha sustracción puede estar justificada porque el progenitor o la persona o institución a la que estuviese confiado el menor o que tenga concedida la custodia abandone al menor, lo maltrate, no cumpla con las obligaciones legales de alimentos, educación, etc. El consentimiento excluye naturalmente también la tipicidad de la conducta.

En el apartado 2 se define la sustracción como: «1º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa». La primera modalidad no exige necesariamente una decisión judicial previa sobre a quién corresponde la custodia del hijo; el delito se puede cometer también cuando se traslada el menor «sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente». La segunda modalidad hace referencia a supuestos en los que el progenitor tiene derecho a tener un cierto tiempo a su hijo («derecho de visita»), pero lo retiene más allá del tiempo previsto, y aquí sí son decisivos los términos en los que esté redactada la correspondiente decisión judicial o administrativa. La pena prevista en el tipo básico es la de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. No obstante, el art. 622, también reformado por la LO 9/2002, castiga como falta, con multa de uno a dos meses, a «los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa».

En el apartado 3, se impone la pena señalada en el apartado 1 en su mitad superior «cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución» (cfr. Convenios de la Haya y de Luxemburgo de 1980, y TORRES FERNÁNDEZ).

Finalmente, en el apartado 4 se establece una excusa absolutoria «cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiera sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas». En el párrafo segundo de este apartado se establece una pena atenuada de prisión de seis meses a dos años «si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción». Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

Con esta reforma se adicionaron a los arts. 103 y 158 del Código civil una serie de medidas cautelares administrativas o judiciales (privación del pasaporte, prohibición de salida del territorio nacional y cambio de domicilio) para prevenir el riesgo de sustracción.

EXCURSO: OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO Y DENEGACIÓN Y ABANDONO DE ASISTENCIA SANITARIA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALAMILLO CAMILLAS, *La solidaridad humana en la Ley penal*, Madrid 1962; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J., *Omisión del deber de socorro del párrafo 3º del art. 489 CP*, en La comisión por omisión, CDJ 1994; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso alternativo?*, PJ 1991; FERNÁNDEZ ALBOR, *Asistencia médica y omisión del deber de socorro*, EPC 1982/1983; GÓMEZ RIVERO, *La producción del resultado muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del art. 389 ter*, La Ley 1995; HUERTA TOCILDO, *Injerencia y art. 489 bis 3º del Código penal*, ADP 1985; LUZÓN PEÑA, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, La Ley 1986; NAVARRETE URIETA, *La omisión del deber de socorro*, RFDUM 1959; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid 1966; el mismo, *El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la injerencia*, ADP 1973; SAINZ CANTERO, *El delito de omisión del deber de socorro*, RGLJ 1960; SILVA SÁNCHEZ, *Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (comentario a la STS de 27 de abril de 1987)*, ADP 1988; TORÍO LÓPEZ, *Aspectos de la omisión especial de socorro*, ADP 1967; ZUGALDÍA ESPINAR, *Omisión e injerencia con re-*

lación al supuesto agravado del párrafo 3 del art. 489 bis del Código penal, CPC 1984.

Sobre el Código penal de 1995: DE SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granada 1999; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión de socorro tras accidente fortuito*, ADP 2002; ESCUDERO MORATALLA/ FRIGOLA VALLINA/ GANZENMÜLLER, *La omisión del deber de socorro y circulación de vehículos a motor en el nuevo Código penal de 1995*, RGD 1997 (también en AP 1998); FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, PJ 1999; GARCÍA SANZ, *Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria*, AP 2001; GÓMEZ RIVERO, *La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro en el nuevo Código penal*, La Ley 1996; GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro*, Valencia 2003; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia 1997; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La omisión de socorro del profesional sanitario*, AP 1997; MOLINA BLÁZQUEZ, *El art. 195,3 del Código penal de 1995: problemas de aplicación*, RDPC 1999; PORTILLA CONTRERAS, *La omisión del deber de socorro*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; RAGUÉS I VALLÉS, *Proceso al buen samaritano, Acciones de salvamento y responsabilidad por daños*, InDret, Barcelona 2001; ROMEO CASABONA, *¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?*, RDPC 1998; TAMARIT SUMALLA, *Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transmisión de sangre de Testigo de Jehová menor de edad con resultado muerte*, AJA 1998.

El Título IX trata bajo la rúbrica «De la omisión del deber de socorro» dos delitos que tienen en común entre sí, y con los demás delitos tratados en este capítulo, que se refieren a un genérico «derecho a la seguridad», entendido como expectativa que tiene una persona de ser ayudada en determinadas situaciones de peligro. A esta idea responden:

I. OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO

Las diferencias entre la omisión del deber de socorro y la omisión del deber de impedir determinados delitos

El Código penal tipifica en varios lugares una serie de delitos que tienen como *bien jurídico común* la solidaridad humana, es decir, el deber que tienen todas las personas de prestar ayuda o socorrer a otra persona que se halle en situación de peligro. El incumplimiento de ese deber es lo que constituye la esencia de estos delitos que se tipifican como delitos de omisión pura.

Sin embargo, la invocación de la solidaridad en abstracto dice bien poco sobre la naturaleza de estos delitos y ofrece un criterio muy vago para distinguirlos entre sí. No existe un deber de socorro genérico sancionado penalmente, sino un deber de socorro respecto a determinados bienes que, en una situación determinada, se encuentran en peligro. Por lo que respecta a los delitos tipificados en los arts. 195 y 196 estos bienes jurídicos serán generalmente la *vida* y la *integridad física*. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el art. 450 castiga a quien, pudiendo hacerlo, no impida la comisión de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual. La puesta en peligro de la libertad sexual constituye siempre delito y la omisión del deber de impedir estos delitos es la conducta prevista en el art. 450. Pero respecto a la vida y la integridad (e incluso, en algún supuesto, respecto a la libertad) pueden darse situaciones de peligro que den lugar tanto al delito contenido en el art. 195 como al previsto en el art. 450. Así, por ejemplo, quien se encuentra a un herido cometerá omisión de socorro si no lo socorre (al margen de que esté herido porque se ha caído o porque alguien disparó contra él); y también quien no avisa a un tercero de que si sigue andando hacia atrás sin mirar, va a caer por un precipicio. Pero si el peligro para la vida o la salud procede de un *delito que se va a cometer o que se está cometiendo* y que se puede y se debe impedir, habrá omisión del deber de impedir delitos del art. 450. El no prestar socorro a una mujer que esté a punto de ser víctima de una agresión sexual, o a alguien que va a ser víctima de una detención ilegal o un homicidio, no puede castigarse por el art. 195, sino por el 450, porque estos hechos son constitutivos de delito y la omisión del deber de impedir la comisión de estos delitos es lo que constituye la esencia del art. 450 (véase *infra* capítulo XL, y PORTILLA CONTRERAS, pp. 1666 ss., y DE SOLA RECHE, 1999, p. 184, y en Comentarios II, p. 612, quien propone *de lege ferenda* que se integren en el art. 195, y no en el 450, el no impedir las agresiones delictivas a la integridad moral, la libertad y la libertad sexual).

Dentro del art. 195 se distinguen tres supuestos:

A) OMISIÓN DEL SOCORRO PERSONAL

El párrafo primero del art. 195 castiga con la pena de multa de tres a doce meses a quien «no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de terceros».

Tipo objetivo

Sujeto pasivo es la «persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave». Persona *desamparada* es la que no puede prestarse ayuda a sí misma. Por *peligro* debe entenderse la probabilidad de que se produzca un determinado resultado; generalmente un resultado perjudicial para la vida o la integridad corporal. El peligro ha de ser *manifiesto*, es decir, que debe ser perceptible y cognoscible para la generalidad de los hombres. Tiene que ser, además, *grave*; gravedad que depende tanto de la índole del mal que se cierne sobre el sujeto, como del grado de probabilidad e inminencia. El peligro tiene que ser objetivamente actual. Es indiferente la causa, voluntaria o involuntaria, externa o interna, de la situación peligrosa, salvo que el peligro consista en sí en un ataque delictivo (véase lo dicho *supra* respecto al art. 450) o provenga de la actuación del propio sujeto activo (en cuyo caso se aplica el art. 195,3, véase *infra*).

> Se puede considerar que una persona en inminente trance de suicidarse (a punto de arrojarse por un precipicio o con convulsiones después de haber ingerido un líquido corrosivo) se encuentra «desamparada» y, por lo tanto, no tratar de impedir el suicidio, siempre que ello sea posible, constituye omisión del deber de socorro; salvo cuando se trate de un supuesto de suicidio por las razones mencionadas en el art. 143,4 (cfr. *supra* capítulo VI: coacciones, causas de justificación; en contra PORTILLA CONTRERAS, p. 1676).

Sujeto activo es aquél que tiene la obligación de prestar socorro. El deber de socorrer se fundamenta ya con el conocimiento de que una persona se encuentra en la situación descrita en el art. 195. Así, por ejemplo, comete este delito, o el del tipo cualificado del art. 196, el médico que, requerido para asistir a un enfermo, no le presta asistencia (cfr. *infra* II). Pero, en todo caso, la extensión del tipo también a los supuestos en que no existe un contacto físico con la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave obliga a realizar una interpretación restrictiva, puesto que, de lo contrario, bastaría con la mera noticia de que alguien se encuentra en una situación de peligro para su vida o salud para que surgiera inmediatamente el deber jurídico de socorrerla. Para ello habrá de atenderse tanto al *rol* o cargo social que ocupa el requerido para el auxilio como a las circunstancias del caso. Indudablemente no es lo mismo que no acceda al requerimiento de auxilio un médico que una persona distinta o que el auxilio se demande en un lugar deshabitado o en un lugar cercano, por ejemplo, a una clínica o centro hospitalario (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 421 ss.).

Si el que recibe la solicitud de ayuda es un funcionario público existirá un concurso ideal entre la omisión del deber de socorro y el delito previsto en el art. 412,3 (cfr. *infra* capítulo XLI. PORTILLA CONTRERAS, p. 1671, considera que existe un concurso de leyes y que es aplicable sólo el art. 412).

La conducta consiste en «no socorrer», es decir, en omitir la prestación de socorro. Presupuesto del tipo es, por tanto, como en todos los delitos de omisión, la capacidad de acción, en este caso, la capacidad de prestación de auxilio. Dependiendo de las circunstancias del caso, éste podrá consistir, bien en una asistencia directa, bien en el requerimiento de los servicios correspondientes o el traslado del sujeto a éstos, que es lo que, normalmente, sucederá cuando la prestación de auxilio exceda de las posibilidades, conocimientos o medios de que dispone quien lo presta. En caso de imposibilidad de prestar socorro, bien atendiendo personalmente al necesitado, bien llevándolo a algún sitio donde lo puedan atender, hay obligación de demandar auxilio ajeno, pero la omisión de demandar auxilio ajeno dará lugar a la aplicación del apartado segundo (cfr. *infra*).

Se trata, por tanto, de un delito de omisión pura, ya que no es necesario que se produzca el resultado. Si éste se produce, el sujeto activo no tendrá que responder por dicho resultado, ya que la Ley no le impone ningún deber de evitarlo, sino meramente el deber de socorrer. La responsabilidad por el resultado de muerte o lesiones sólo podrá fundamentarse a través del expediente de la comisión por omisión, siempre que el sujeto tuviese posición de garante (cfr. lo dicho respecto a la comisión por omisión en el homicidio, *supra* capítulo I; y sobre la omisión de socorro a víctima de accidente ocasionado por el que omite el socorro, *infra*).

Tipo subjetivo

El dolo debe abarcar la situación de peligro y desamparo en que se encuentra otra persona (véase STS 11 marzo 1972).

Por lo que respecta a la *antijuricidad*, la conducta puede estar justificada en el caso de que se omita el socorro para cumplir otro deber de mayor importancia, como, por ejemplo, en los casos de estado de necesidad entre bienes de desigual valor (art. 20,5º). El error vencible sobre la existencia de los presupuestos del estado de necesidad o de cualquier otra causa de justificación puede atenuar la culpabilidad (art. 14,3).

En el art. 195,1 se tipifica expresamente una *causa de no exigibilidad de otra conducta*, ya que sólo debe prestar socorro quien «pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de terceros». Ha de tratarse, sin embargo, de un verdadero riesgo, de un peligro personal; se necesita, por tanto, algo más que una simple molestia. El riesgo de ser perseguido judicialmente no exime de la obligación de socorrer (así STS 27 abril 1987, en contra SILVA SÁNCHEZ, p. 586; con reservas, PORTILLA CONTRERAS, p. 1673).

Cabe la tentativa cuando, por ejemplo, el sujeto omite el socorro que objetivamente no era necesario por haber muerto el sujeto pasivo accidentado (STS 17 septiembre 1980).

B) OMISIÓN DE PETICIÓN DE SOCORRO

El apartado 2 del art. 195 extiende la pena del apartado 1 al que «impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno».

Este delito es subsidiario del previsto en el párrafo primero.

Los elementos del tipo objetivo son los mismos que en el tipo básico ya estudiado, sólo que aquí la conducta consiste en no demandar auxilio ajeno con urgencia cuando se estuviese impedido de prestar socorro personalmente. Es necesario, pues, la imposibilidad de socorrer personalmente y la posibilidad de pedir la ayuda de otro.

La solicitud de ayuda ha de hacerse con «urgencia», lo que tiene que entenderse en relación con las circunstancias que concurran en el hecho.

Igual que el hecho previsto en el apartado primero, la conducta se *consuma* con la mera inactividad, con la omisión simple de no pedir ayuda, sin ser necesaria la producción de un resultado, ya que se trata de un delito de omisión pura.

> En la sentencia de 12 de febrero de 2002 de la Audiencia Provincial de Madrid, la Magistrada Presidente no sólo confirmó el veredicto condenatorio del Tribunal de Jurado a los encargados de seguridad del Metro de Madrid que no llamaron a los servicios de urgencia ni hicieron nada por atender a un joven que se encontraba desvanecido en el andén, sino que además condenó subsidiariamente a la empresa a indemnizar a sus familiares por daños morales en base al contrato de transporte, lo que a mi juicio debería haber determinado también la imputación a título de imprudencia del resultado muerte en comisión por omisión, que por razones procesales no fue objeto de acusación.

C) OMISIÓN DE SOCORRO A VÍCTIMA DE ACCIDENTE

El apartado tercero del art. 195 contempla una cualificación para los casos en que el omitente del socorro es quien previamente ocasionó el accidente del que surge la demanda de auxilio. El tenor del art. 195,3 es el siguiente:

> «Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años».

Esta forma cualificada de omisión, que se introduce por primera vez por la Ley de 8 de abril de 1967, proviene de las Leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962, donde se encontraba regulado de un modo distinto, que condicionaba su interpretación. Al amparo de la regulación anterior a 1967, la jurisprudencia había entendido (STS 18 noviembre 1966) que este delito se daba aunque sólo existieran daños patrimoniales e incluso no hubiere desamparo para la víctima del accidente porque estuvieran presentes otras personas que pudieran prestarle auxilio o porque, sencillamente, hubiese muerto; lo esencial era, según esta jurisprudencia, la *fuga* del lugar del hecho de quien había ocasionado el accidente, con el afán de evitar la identificación y eludir la responsabilidad (TORÍO LÓPEZ, p. 584).

La inclusión de este delito en el entonces art. 489 bis motivó, sin embargo, que se extendieran a él los requisitos exigidos en este artículo, del que no era más que un subtipo cualificado o agravado. De acuerdo con esta nueva regulación, ya no bastaba con la mera fuga del lugar del accidente, sino que era preciso que existiera un peligro manifiesto y grave y un desamparo de la víctima ocasionado por el accidente. Si no existía esta situación porque la víctima estaba ya muerta o porque otras personas distintas a la que ocasionó el accidente atendían inmediatamente al lesionado, no podía apreciarse este delito (al menos como delito consumado). Así lo vino a reconocer la jurisprudencia tras algunas vacilaciones.

El deber de socorro viene en este caso fundamentado, aparte de por la idea de la solidaridad humana, por el hecho de haber sido el sujeto activo el causante de la situación de peligro (pensamiento de la injerencia), castigándose al autor del accidente independientemente del resultado que se produzca a consecuencia de su omisión y de la res-

ponsabilidad que pueda derivarse del mismo. El apartado 3 del art. 195 constituye, por tanto, también un delito de omisión pura.

Con la expresa referencia al accidente fortuito y al ocasionado por imprudencia, el nuevo Código penal ha dejado fuera de dudas que la *ratio legis* de esta agravación del delito de omisión pura previsto en los apartados anteriores subsiste con independencia de que la causa del accidente sea un hecho fortuito o imprudente y de la responsabilidad en que por el resultado pueda incurrir el conductor. Ahora bien, en el caso de que se produzca un determinado resultado de muerte o lesiones de la víctima, habrá que determinar cómo se imputa este resultado. Dicha responsabilidad puede provenir tanto de la acción —cuando el resultado muerte o lesiones tenga su origen directamente en ésta—, como de la omisión —cuando el resultado muerte sobrevenga a consecuencia de la desatención—. En este caso el resultado se imputaría al conductor a título de comisión por omisión en base al supuesto b) del art. 11 (*idea de la injerencia*). En cualquier caso, tanto en un supuesto como en otro, la responsabilidad por el resultado que se produzca, cuando éste sea atribuible a imprudencia (homicidio o lesiones imprudentes), siempre dará lugar a un concurso entre el delito imprudente y el previsto en el art. 195,3, en cuanto que, según hemos visto, el fundamento de éste es la incriminación de la desasistencia con independencia de las consecuencias que produzca. También si el resultado se produce dolosamente, porque el conductor, una vez ocasionado el accidente fortuita o imprudentemente, se da cuenta de que la víctima es su enemigo, o por miedo a las consecuencias deja que ésta muera, sabiendo que si no la atiende éste va a ser el resultado más probable, habrá que apreciar el correspondiente *concurso real* entre el art. 195,3 y el homicidio doloso; igual que si en lugar de dejarla morir la remata pegándole un tiro, u oculta su cuerpo impidiendo que alguien pueda prestarle asistencia (cfr. STS 21 diciembre 1977). En estos casos existen dos momentos diferentes, perfectamente separables en el tiempo, que merecen una distinta valoración. En cambio, si el accidente se provocó ya con ánimo de matar a la víctima, la omisión del socorro es un acto posterior impune (en este sentido Gómez Rivero, 1996; en contra, apreciando en todos estos casos sólo un delito de homicidio o lesiones dolosas, Portilla Contreras, p. 1683, y en Curso I, p. 379; Molina, en Comentarios, p. 170; Molina Blázquez, p. 576; García Albero, en Quintero, Comentarios, p. 932; Calderón, p. 704; Huerta Tocildo, 1997, p. 43; De Sola Reche, en Comentarios II, p. 644; dudosos, Carbonell/ González Cussac, en Vives, Comentarios,

p. 195). En caso de que la víctima se exponga imprudentemente al accidente subsiste el deber de socorro de quien la atropella (cfr. Dopico Gómez-Aller, pp. 273 ss.).

Pena

El legislador vincula la penalidad al previo carácter imprudente o fortuito del accidente, permitiendo elevar la pena de prisión hasta los 4 años en caso de que el accidente se hubiere causado por imprudencia.

> La introducción de este distinto marco penal resulta cuestionable, puesto que el dato de la previa imprudencia del conductor no añade ningún desvalor al injusto que específicamente contempla la cualificación: la posterior omisión del deber de socorro. Con ello no sólo se propicia la confusión entre los puntos de referencia de los distintos títulos de responsabilidad en que puede incurrir el autor (omisión del deber de socorro y resultado producido por la conducción imprudente), sino que al agravar la penalidad de la omisión por la ilicitud de la previa actuación del conductor se convierte en una expresión trasnochada del viejo *versari in re illicita*. En efecto, con este proceder se acaba midiendo la gravedad de un injusto que nace y se agota en la mera omisión del deber de socorro conforme al título subjetivo de un delito distinto, de resultado ahora, por el que adicionalmente pueda responder el sujeto y, en definitiva, condicionando la penalidad de la conducta de omisión al dato del previo origen lícito o ilícito de la actuación del sujeto (Gómez Rivero, 1996).

II. DENEGACIÓN Y ABANDONO DE ASISTENCIA SANITARIA

El art. 196, siguiendo la línea de los precedentes Proyectos de Código penal, introduce una cualificación para los casos en que el omitente, por su condición de profesional sanitario, se encuentre especialmente obligado a la prestación del auxilio debido.

> «El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años».

Sujeto activo de este delito sólo puede ser quien tenga la condición de profesional sanitario, configurándose así, por tanto, como un delito especial.

La *acción típica* consiste, bien en la denegación de asistencia sanitaria, bien en el abandono de los servicios sanitarios por el obligado a su prestación. En ambas modalidades la tipicidad se condiciona a la producción de un riesgo grave para la salud de las personas, eliminado así del ámbito típico los casos en que la cobertura asistencial quede garantizada, supuestos en los que la actitud del profesional sería en todo caso constitutiva de una mera infracción disciplinaria.

La valoración de la situación de riesgo grave admite diferentes grados de concreción en relación a cada una de las modalidades típicas. Mientras que en los supuestos de denegación de asistencia sanitaria la contextualización de la omisión tras una previa demanda de auxilio supone una situación de peligrosidad concreta, en el caso de abandono de los servicios sanitarios son imaginables supuestos en los que la situación de peligrosidad, si bien existió abstractamente, no se haya actualizado. Es lo que sucederá cuando no se presente ningún requerimiento de asistencia (en este sentido, GÓMEZ RIVERO, 1996. En contra de esta opinión, HUERTA TOCILDO, 1997, p. 91, nota 51, considera que también en la modalidad de abandono es necesario que se «derive» un riesgo grave para la salud de las personas, lo que sucederá ciertamente la mayoría de las veces en la práctica, pero evidentemente este riesgo no tiene el mismo nivel de actualización y concreción que cuando se deniega expresamente una asistencia sanitaria. La equiparación absoluta entre las dos modalidades de conducta priva de sentido a la modalidad de abandono).

El tipo incorpora un elemento referente a la antijuricidad de la conducta al exigir que el profesional esté obligado a la prestación de la asistencia sanitaria. Se pretende así garantizar de modo expreso el derecho de huelga del personal sanitario, impidiendo que esta cualificación pudiera actuar restringiendo su ejercicio (también de acuerdo con esta interpretación HUERTA TOCILDO, 1997, p. 80, nota 34, aunque considera que no es ésta la única razón de ser del requisito). Conforme a ello, quedarían fuera del precepto los médicos huelguistas que no estuvieran en «servicios mínimos». En todo caso, el alcance de la exclusión de responsabilidad se ciñe exclusivamente a la agravación del art. 196, esto es a la no prestación personal del auxilio. Subsistente quedará aquélla en que pueda incurrir el profesional sanitario, igual que cualquier otra persona, por el art. 195, precepto que obligaría a demandar los servicios del personal no afectado por la cláusula de no obligatoriedad.

Al igual que en el art. 195, la apreciación de esta omisión cualificada es independiente de la responsabilidad que en su caso pueda derivarse por la producción de un resultado omisivo, que discurriría ahora por los cauces de la comisión por omisión en virtud de la posición de garantía específicamente contemplada en la letra a) del art. 11 (en este sentido, también HUERTA TOCILDO, 1997, p. 93).

Al encontrar esta cualificación su razón de ser en la producción de un riesgo grave para la salud de las personas, su injusto es independiente del art. 409 (abandono de un servicio público), con el que puede entrar, por tanto, en concurso ideal (en el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO, Comentarios, p. 290; a favor de la tesis del concurso de leyes y de la aplicación como ley especial del art. 196, PORTILLA CONTRERAS, en Curso I, p. 381; HUERTA TOCILDO, 1997, p. 99).

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

CAPÍTULO XIV

Imposición y mantenimiento de condiciones ilegales de trabajo o de Seguridad Social. Tráfico ilegal de mano de obra. Migraciones fraudulentas. Discriminación laboral. Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga. Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo,* Madrid 1981; el mismo, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores,* Revista Española de Derecho del Trabajo 1983; el mismo, *Delitos contra la seguridad en el trabajo,* en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; el mismo, *Manual de Derecho penal del trabajo,* Barcelona 1989; el mismo, *Derecho penal del trabajo,* Madrid 1990; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico,* Madrid 1978; el mismo, *Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo,* CPC 1978; BAYLOS/ TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo,* Madrid 1990; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo,* PJ 1988; el mismo, *El derecho a la huelga y el delito de coacciones,* PJ 1989; el mismo, *Delitos contra la seguridad social,* Barcelona 1991; el mismo, *Protección penal del trabajo y la seguridad social,* en Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Estudios de Derecho penal económico,Universidad de Castilla-La Mancha 1994; DOLZ LAGO, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo: perspectiva interdisciplinar,* RGD 1992; el mismo, *Las imprudencias punibles en la construcción. Referencia a los diferentes protagonistas del proceso: aspectos normativos y jurisprudenciales (Síntesis),* AP 1994; DOÑATE MARTÍN, *La protección penal de los derechos de los trabajadores,* en Intereses difusos y Derecho penal, CDJ 1994; GARCÍA CANTIZANO, *El falseamiento de empresa en perjuicio de los trabajadores,* La Ley 1990; GARCÍA MURCIA, *Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial,* Revista Española de Derecho del Trabajo 1981; GÓMEZ DE ARANDA, *El llamado «delito social» en el Código penal,* Madrid 1972; GRACIA MARTÍN, *Instrumentos de imputación jurídicopenal en la criminalidad de empresa y reforma penal,* AP 1993; HIJAS PALACIOS, *La protección penal del derecho de los trabajadores,* La Ley 1987; JOVE JANE/ MORALES PRATS, *La protección penal del trabajo ante el debate legisla-*

tivo, Revista Técnico-Laboral 1980; LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid 1994; MARTÍN GARCÍA, *De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*, en La nueva delincuencia I, CDJ 1993; MIRA BENAVENT, *Las coacciones laborales*, Anales de la Universidad de Alicante 1983; MORILLAS CUEVA, *El problema de la calificación jurídicopenal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social*, Anuario de Estudios sociales y jurídicos 1979-80; OTURBAY FUENTES, *La estabilidad en el empleo*, ADP 1989; QUINTERO OLIVARES, *Algunas consideraciones críticas sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*, RJCat. 1972; RIVERA HERNÁNDEZ, *La protección de los derechos laborales reconocidos en la Constitución*, Madrid 1980; RODRÍGUEZ RAMOS, *La protección del orbe laboral en el Proyecto de Código penal*, La Ley 1981; SAINZ CANTERO, *En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*, Murcia 1972; el mismo, *Los delitos laborales cinco años después*, EPC 1976/1977; TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos laborales en el Anteproyecto de Código penal. El Derecho penal del trabajo de la democracia*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; el mismo, *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995; VARIOS, *Derecho penal del trabajo y Derecho administrativo sancionador*, Cádiz 1993.

Sobre el Código penal de 1995: AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo (Artículo 316 del Código penal). Problemas concursales con las infracciones administrativas de seguridad e higiene*, RGD 1996 (también en Homenaje a Casabó, Valencia 1997); el mismo, *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código penal*, Valencia 2002; ALMELA VICH, *Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de las obras en construcción*, AP 1998; ARROYO ZAPATERO, *El «ne bis in idem» en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*, en Las fronteras del Código penal y el Derecho administrativo sancionador, CDJ 1997; el mismo, *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; BAYLOS/ TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Madrid 1997; CARDENAL MONTRAVETA/ CARDENAL ALEMANY, *El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo*, PJ 2002; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *La sanción penal de la discriminación: especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo*, en Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, CDJ 1996; DE VICENTE MARTÍNEZ, *La protección penal del trabajo*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; DOLZ LAGO, *Las imprudencias punibles en la construcción. Desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial (adaptado al Código penal de 1995 y a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)*, 2ª ed., Granada 1996; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Art. 317 Código penal: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas*, AP 2000; FABIÁN CAPARRÓS, *Tráfico ilegal de mano de obra*, en Nuevas cuestiones penales, X Congreso de Alumnos de Derecho penal, Madrid 1998; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *De los delitos*

contra los derechos de los trabajadores, La Ley 1996; GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia 2004; GARCÍA ÁLVAREZ / DEL CARPIO DELGADO, *Los delitos relativos al régimen de extranjería*, en Rodríguez Benot/ Hornero Méndez (coord.), El nuevo Derecho de extranjería, Granada 2001; GARCÍA-PANASCO MORALES, *Notas sobre algunos delitos contra los derechos de los trabajadores*, RMF 2000; GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, *El concepto de trabajador en el Derecho penal español*, RDPC 2004; HIGUERA GUIMERÁ, *La protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código penal*, AP 1998; LAURENZO COPELLO, *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*, RDPC 2003; LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia 2003; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; MONGE FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia 1998; NARVÁEZ BERMEJO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Valencia 1997; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia 1998; el mismo, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, RP 2002; NAVARRO CARDOSO/ DEL RÍO MONTESDEOCA, *Delitos de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del art. 313,1 del Código penal de 1995*, La Ley 1998; NAVARRO CARDOSO/ LOSADA QUINTÁS, *La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*, AP 2001; ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo: un estudio del art. 311 del Código penal*, Bilbao 2000; PEREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*, Granada 2004; PÉREZ MANZANO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, Relaciones Laborales 1997; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia 2001; el mismo, *Las migraciones laborales desde la óptica del Derecho penal*, Revista de Derecho Social 2000; ROJO TORDESILLAS, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Barcelona 1998; SEQUEROS SAZATORNIL, *El marco penal de la inmigración*, AP 2000; SERRANO PIEDECASAS, *La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*, RP 2002; SOTO NIETO, *Enfoque actual del delito contra la seguridad en el trabajo*, La Ley 1996; el mismo, *Riesgos laborales y el nuevo Código penal*, La Ley 1997; SUANZES PÉREZ, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *Los delitos imprudentes en el ámbito laboral*, AP 2000; TERRADILLOS BASOCO, *Coacciones en el ámbito laboral*, en Delitos contra la libertad y la seguridad, CDJ 1996; el mismo, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; el mismo, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ 1997; el mismo, *Delitos contra la seguridad en el trabajo. Cuestiones concursales: calificación de la imprudencia*, Revista de Derecho Social 1998; el mismo, *Derecho penal del trabajo*, RP 1998; el mismo, *Migraciones ilegales*, Revista de Derecho Social 1998; el mismo, *Tráfico ilegal de emigrantes*, en Zúñiga/

Méndez/ Diego (coord.), Derecho penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, Madrid 2001; VARIOS, *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Laurenzo Copello (coord.), Valencia 2002; VILLACAMPA ESTIARTE, *El "nuevo" delito de tráfico de personas*, La Ley 2004.

Antecedentes

La reforma de 15 de noviembre de 1971 introdujo en el Título XII del anterior Código penal un nuevo Capítulo, el VIII, denominándolo «De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo». Antecedente inmediato de esta reforma fue el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952 en el que se consideraba como delito la cesión ilegal de mano de obra. El continuo incumplimiento de la normativa laboral, más bien de carácter paternalista que garantista de los derechos de los trabajadores, existente en aquella época y la propia ideología del régimen autoritario, caracterizado por el no reconocimiento de unos sindicatos autónomos libres o del derecho de huelga, fueron compensados con la introducción en el Código penal de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo que buscaban, por lo menos en teoría, el castigo de los actos más perjudiciales para los derechos de los trabajadores, como el no darles de alta en la Seguridad Social, obligarles a firmar anticipadamente y en blanco el finiquito de la relación laboral o una categoría profesional distinta a la correspondiente, provocar crisis económica fraudulenta de la empresa, etc.

En el modelo de Estado social y democrático de Derecho, como se define el Estado español en el art. 1,1 de la Constitución de 1978, se reconocen ya a nivel constitucional derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a sindicarse y el derecho a la huelga (art. 28 CE), el derecho a la no discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 35 CE), el derecho a la negociación colectiva laboral (art. 37 CE), etc., que deben ser, en su caso, protegidos frente a los ataques más graves a los mismos. Ya en el anterior Código penal, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, se fueron produciendo sucesivas reformas a lo largo de los años 80, introduciéndose en él nuevos delitos tales como los delitos contra la seguridad de los trabajadores, los delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga, el delito de discriminación laboral, etc. Pero estos delitos se situaron sistemáticamente en diversos Capítulos y Títulos del Código penal, perdiendo así su relación con el ámbito en el que surgieron y en el que encontraban su legitimación. Igualmente se añadieron otros preceptos que sancionan delitos que surgen de las relaciones laborales, pero que primordialmente protegen otros derechos como son los delitos contra la Seguridad Social introducidos en la reforma de 1995.

Bien jurídico protegido

El Código penal de 1995 ha reunido en un solo Título, el XV, los «delitos contra los derechos de los trabajadores», regulando en otro Título, el XIV, los delitos contra la Seguridad Social, que aunque

también relacionados con los derechos de los trabajadores, tienen una dimensión más parecida a los delitos contra la Hacienda Pública, con los que juntamente se regulan (véase *infra* capítulo XLIII). En el Título XV se protege, en realidad, una *pluralidad de bienes jurídicos,* cuyo único denominador común es su referencia al mundo del trabajo, es decir, su pertenencia al trabajador como *sujeto pasivo específico.* De ahí que algunos autores, como ARROYO ZAPATERO (1990), TERRADILLOS BASOCO (RP 1998) o LASCURAÍN SÁNCHEZ (en Compendio, p. 630) hablen incluso de un *Derecho penal del trabajo* que tendría mayor amplitud que el contenido del Título XV.

Ya en relación con la anterior regulación de los delitos contra la seguridad y libertad en el trabajo, ARROYO (1990, p. 358) consideraba que el *bien jurídico protegido* era «el interés del Estado a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena». De ello deducía las siguientes conclusiones: 1º Que el carácter colectivo del bien jurídico hace indiferente el número de trabajadores afectados: se apreciará un único delito y no tantos delitos como afectados. 2º Que el carácter no disponible e irrenunciable de los derechos laborales mínimos determina que el consentimiento del trabajador en la realización de las acciones que puedan perjudicarle sea irrelevante. 3º Que es posible el concurso entre estos delitos y otros posibles delitos que lesionen bienes jurídicos individuales del trabajador concreto, como estafa, falsedad documental, amenazas, etc. (en este sentido también MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pp. 469 ss., quien destaca el carácter supraindividual del bien jurídico afectado por estos delitos, asimilándolo a los intereses que se tutelan a través de los delitos socioeconómicos de consumidores).

Estas afirmaciones sólo con reservas pueden mantenerse aún como punto de partida para la interpretación de la nueva regulación, ya que en algunos de los supuestos delictivos concretos se protegen bienes jurídicos de diversa naturaleza, no siendo siempre posible el concurso con los delitos que inciden directamente en bienes jurídicos individuales; y tampoco la nueva regulación del empleo permite declarar irrelevante en todos los casos el consentimiento del trabajador en determinadas situaciones jurídicas que afecten a su estabilidad laboral (contratos temporales, contratos «basura», etc.). Por otra parte, la protección penal de los derechos de los trabajadores no se agota en el Título XV, ya que existen otros preceptos en el Código penal como el art. 257, que protege los derechos económicos de los trabajadores, y los delitos contra la Seguridad Social en el Título XIV, que protegen esta

importante institución del mundo laboral. De ellos nos ocupamos en otros lugares de esta obra.

Con todas estas matizaciones se puede decir, en resumen, que en el Título XV se protegen derechos de carácter personal en cuanto son derechos que inciden en uno de los aspectos principales de la persona, su condición de trabajador, aunque la dimensión social y colectiva de estos derechos les dé unas connotaciones que permiten considerarlos también como delitos de carácter social o colectivo. De la interpretación del respectivo tipo delictivo se deducirá cuándo predomina uno u otro carácter.

El sujeto activo

Cuando estos delitos se atribuyan a personas jurídicas, el art. 318 dispone que «se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello». La problemática es, pues, similar a otros delitos en los que es aplicable directamente el art. 31, que regula el problema de un modo general, aunque en el inciso segundo en lugar de la conjunción disyuntiva «o» se emplea ahora la copulativa «y», lo que le da una cierta autonomía a la posibilidad de la «comisión por omisión», que, en todo caso, debe encajar dentro de la definición genérica de la misma contenida en el art. 11 (MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 549, y PÉREZ MANZANO, p. 53, consideran, en cambio, que el art. 318 tiene un ámbito de aplicación propio distinto al del art. 11; a favor de la opinión mantenida en el texto, VALLE/ VILLACAMPA, en QUINTERO, Comentarios, p. 841; y NAVARRO CARDOSO, 1998, p. 43). Por «administradores» deben entenderse también los «administradores de hecho», importando aquí más el dominio real de la decisión que la simple calificación jurídica que el administrador tenga con la empresa; también la expresión «encargado del servicio» tiene más una connotación fáctica que jurídica.

Por otro lado, tras la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se prevé expresamente la posibilidad de decretar en estos casos las medidas del art. 129.

> Dado que la mayoría de estos delitos se cometen en el ámbito de la empresa, la imputación de los hechos a varias personas dentro de este ámbito plantea problemas similares a los que se presentan en muchos delitos patrimoniales y socioeconómicos de parecida índole, por lo que nos remitimos a lo dicho al respecto en otros capítulos, como el XX (insolvencias punibles) y el XXIII (delitos societarios).

IMPOSICIÓN Y MANTENIMIENTO DE CONDICIONES ILEGALES DE TRABAJO O DE SEGURIDAD SOCIAL

> Dice el art. 311: «Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:
> 1. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.
> 2. Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.
> 3. Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado».

La acción consiste en *imponer*, es decir, en obligar a los trabajadores a aceptar determinadas condiciones. Cuando la aceptación de las condiciones es libre por parte del trabajador no existirá, por tanto, este delito. Dicha imposición se puede llevar a cabo, por un lado, a través del engaño, con lo que se plantea si cabe el concurso con la estafa. Creo que la cuestión debe ser resuelta afirmativamente, debiéndose aplicar la regla del concurso ideal medial (art. 77), ya que el perjuicio, en este caso de carácter patrimonial, aunque es tenido en cuenta en la configuración del tipo, no es necesario que se produzca para la consumación de este delito; por tanto, si se produce debe ser valorado por la vía de la estafa (sobre el incumplimiento empresarial de la cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social, cfr. STS 25 enero 1984 e *infra* capítulo XLIII). La acción se puede llevar a cabo, por otro lado, abusando de la situación de necesidad del trabajador, que, a diferencia de lo que sucede en la otra modalidad, conoce el carácter ilegal de las condiciones que acepta, pero no tiene otro remedio que aceptarlas. Si además se emplea violencia o intimidación, según el apartado 3 se impondrán las penas superiores en grado, cualificación que excluye, como es lógico, el correspondiente concurso con los delitos de amenazas y coacciones. En definitiva, lo que importa es que se constriña o se suprima la libertad del trabajador a la hora de la contratación; si para ello se emplea además algún medio delictivo (que

no sean las amenazas o coacciones), éste debe sancionarse conforme al correspondiente concurso de delitos.

El resultado es la imposición de condiciones que perjudican los derechos que tengan los trabajadores por *disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*. El delito se consuma, por tanto, con la imposición de las condiciones desfavorables, sin necesidad de que éstas, una vez impuestas, persistan a lo largo de todo el tracto contractual (véase STS 13 junio 1975). No es necesario que se llegue efectivamente a perjudicar a los trabajadores. Para saber cuáles son los derechos que se conceden a los trabajadores hay que ir a la compleja normativa laboral (Estatuto de los Trabajadores, reglamentaciones, convenios colectivos), pero también a las condiciones del propio contrato individual, lo que amplía la aplicación del delito a supuestos que bien pudieran solucionarse por la vía laboral o civil del incumplimiento del contrato (en este sentido TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 103), aunque un sector doctrinal opina que el art. 311 se refiere sólo a los derechos mínimos establecidos legalmente (véanse NAVARRO CARDOSO, 1998, pp. 60 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 476).

En el apartado 2 se castiga una modalidad omisiva para el caso de que un nuevo empresario se encuentre con las condiciones ilegales impuestas por alguno de los procedimientos citados en el apartado anterior y no restablezca la legalidad. La aplicación de este apartado es subsidiaria de la aplicación del primero, ya que si se trata de algún tipo de maquinación o concierto con el anterior empresario y la acción descrita en el apartado 1 se realiza ya simulando una transmisión de la empresa, será el apartado 1 de preferente aplicación, lo que, en todo caso, a efectos de la pena aplicable carece de trascendencia.

TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA

> El art. 312 dice: «1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.
> 2. En la misma pena incurrirán 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».

La naturaleza de este delito es distinta a la de los demás de este capítulo. Se trata simplemente de la infracción de la normativa sobre contratación de mano de obra. Por ejemplo, la cesión de trabajadores debe hacerse por la vía regulada en el art. 2 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo («La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas»); por tanto, la cesión sólo será típica si no medió una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada.

La colocación ilegal también parte de una infracción administrativa de las regulaciones existentes en esta materia que, en principio, configuran los servicios oficiales de colocación como públicos y gratuitos y prohíben las agencias de colocación con fines lucrativos (véase art. 1,2 de la Ley 10/1994 antes citada).

La naturaleza de infracción administrativa elevada a la categoría de delito que tiene este precepto se evidencia en que es indiferente el que de las maniobras se derive o no perjuicio para el trabajador, que puede salir incluso beneficiado. Pero, en todo caso, parece que para la intervención del Derecho penal será preciso, por lo menos, la puesta en peligro de los derechos de los trabajadores, pues de lo contrario se difuminan completamente los límites entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal propiamente dicho. Esta exigencia se ve claramente en el apartado 2 de este art. 312, que penaliza conductas muy similares a la estafa o a las previstas en el art. 311. En el inciso segundo de este apartado 2 del art. 312 («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») no se exige, sin embargo, que la acción consista en engaño o abuso de situación de necesidad y tiene que recaer necesariamente sobre súbditos extranjeros sin permiso de trabajo (para más detalles, MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pp. 496 ss.).

Sujeto activo en este delito puede ser cualquiera que trafique con mano de obra o realice las otras conductas descritas en el tipo. No se requiere, pues, que sea empresario.

MIGRACIONES FRAUDULENTAS

> Dice el art. 313: «El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

> 2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país».

En este precepto se castigan dos formas de migración ilegal que se corresponden con los conceptos de «inmigración» (1) y «emigración» (2), que tienen diferentes connotaciones típicas.

Por lo que se refiere a la «inmigración», el aumento constante de la emigración clandestina desde otros países económicamente más desfavorecidos (principalmente africanos) a España o, de paso por España, a otros países europeos, preocupa cada vez más a los países receptores, no sólo porque ello puede perjudicar los derechos de los trabajadores emigrantes clandestinos (lo que no siempre sucede), sino sobre todo porque perjudica notoriamente los derechos laborales de los propios ciudadanos afectados por los altos niveles de desempleo. De ahí que el apartado 1 de este art. 313 eleve automáticamente a la categoría de delito el favorecimiento de la inmigración a España de manera clandestina, es decir, al margen de la normativa existente (la llamada migración interior o inmigración).

Sin embargo, en el apartado 2 es necesario, para que haya delito, que exista engaño que determine o favorezca la emigración de alguna persona a otro país, fuera de España (la llamada emigración exterior o simplemente emigración). La salida del territorio español para trabajar en otro país debe ser, para que por lo menos constituya la base de este delito, a un país con régimen laboral diferente al que rige en el nuestro. Ciertamente, en estos momentos la emigración dentro de la Comunidad Europea no es más que una consecuencia del principio de libre circulación de personas y bienes dentro del ámbito de la Comunidad y carece de sentido que se incluya en este precepto, aunque, por supuesto, si se da engaño o cualquier otra maniobra que perjudique o restrinja los derechos del trabajador será aplicable el art. 311 o el art. 312. En el delito previsto en el art. 313,2, el medio engañoso puede ser la simulación de un contrato, colocación o cualquier otro, pero lo importante es que incida en la decisión del trabajador a emigrar; por tanto, ayudar a quien está decidido ya a emigrar, aunque haya sido movido a ello por el engaño de un tercero, no es una conducta típica (cfr. TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 109), aunque, como advierte MARTÍNEZ-BUJÁN (1999, p. 505), al tener el delito efectos permanentes cabe que una intervención engañosa posterior, manteniendo por ejemplo al trabajador en su error, pueda ser punible a título de coautoría.

DISCRIMINACIÓN LABORAL

El art. 314 castiga las formas más graves de discriminación en el trabajo contempladas ya como infracciones en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

> Dice el art. 314: «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses».

El art. 314 del Código penal no castiga, por tanto, la mera discriminación, sino los casos de discriminación más graves, exigiendo que haya habido un previo requerimiento o sanción administrativa y que, a pesar de ello, no se haya restablecido la situación de igualdad, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Tantos requisitos, no exigidos para castigar las discriminaciones tipificadas en los arts. 511 y 512, hacen de este delito más un delito de desobediencia que un delito de discriminación. La propia naturaleza irrenunciable del derecho a no ser discriminado excluye cualquier eficacia justificante del consentimiento del afectado por la discriminación (cfr. STC 241/1988). La acción discriminatoria puede revestir las más diversas formas, muchas de ellas disimuladas como la llamada *discriminación indirecta*: peor retribución a la mujer a igualdad de trabajo que los hombres, reservar determinados puestos a personas de una determinada etnia o sexo, etc. (en este sentido VALLE/ VILLACAMPA, en QUINTERO, Comentarios, pp. 825 ss.; y BAYLOS/ TERRADILLOS, 1997, p. 131). La finalidad discriminatoria debe deducirse claramente de los hechos. No constituye, en cambio, discriminación la llamada *discriminación positiva*, mediante la que se pretende reequilibrar situaciones discriminatorias preexistentes, como el reservar una cuota obligatoria a mujeres, o a discapacitados, a personas que acceden por primera vez a un empleo, etc. (cfr. STC 229/1992; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 510).

El delito de discriminación laboral puede darse tanto en el ámbito del empleo público, como privado. En el caso de que este delito coincida con alguno de los previstos en los arts. 510 y ss., serán éstos de preferente aplicación en la medida en que tengan asignada mayor pena y no tengan que cumplir ningún requisito administrativo previo para ser sancionados penalmente, lo que sucede claramente con el delito previsto en el art. 511, no así con el previsto en el art. 512 que tiene sólo pena de inhabilitación y un ámbito de aplicación más restringido (cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 515; véase *infra* capítulo XXXV).

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO DE HUELGA

La reforma de 1983 introdujo en el anterior Código penal un precepto dirigido a tutelar penalmente el ejercicio de la libertad sindical y el derecho de huelga, consagrados en el art. 28 de la Constitución. Este precepto, junto con otro introducido en una reforma de 1976 que tipificó la coacción a la huelga, se encuentra ahora en el art. 315 del Código penal de 1995.

> Dice así el art. 315: «1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.
> 2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.
> 3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga».

En realidad, se tipifican en este artículo dos delitos distintos. Por un lado, en los apartados 1 y 2, los delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga. Por otro, en el apartado 3, un delito específico de coacción a la huelga.

– La estructura del tipo del delito previsto en el apartado 1 es similar a la del delito previsto en el art. 311,1, exigiéndose también aquí el empleo de engaño o el abuso de una situación de necesidad y el efecto que han de producir las conductas que se incriminan, impedir o limitar la libertad sindical o el derecho de huelga. El bien jurídico tutelado es la libertad sindical y el derecho de huelga que se ejercen correctamente. Es un bien jurídico de carácter colectivo por lo que no es disponible por los particulares, siendo irrelevante por ello el consentimiento de los sujetos afectados por la conducta antisindical o contraria a la huelga. Como pauta interpretativa de cuáles puedan ser las indicadas prácticas antisindicales puede tomarse en cuenta, entre otras normas y criterios, el Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ratificado por España (BOE 11-V-1977), en el que se definen los actos discriminatorios y las injerencias prohibidas, como, por ejemplo, el despido de un trabajador por razón de su afiliación o actividad sindical.

Si el hecho se realiza con fuerza, violencia o intimidación se impondrán, de acuerdo con el apartado 2, las penas superiores en grado, no siendo posible entonces el concurso con las coacciones ni con las amenazas, que están ya tenidas en cuenta con la agravación de la pena.

– El apartado 3 castiga la *coacción a la huelga*. Con este precepto se quiere proteger, según se decía expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley de 1976 que lo introdujo en el anterior Código penal, en un momento de gran conflictividad laboral al inicio de la transición democrática tras la dictadura franquista, en la que el derecho a la huelga estaba prohibido, el mismo *derecho a la huelga*, que descansa en la libertad personal del trabajador, ante la presencia y la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se denominan «piquetes de extensión de huelga». También se hablaba en dicha Exposición de Motivos de la seguridad del trabajador. Pero ni en el antiguo precepto, ni en el actual apartado 3 del art. 315 se ve por ninguna parte la protección a este importantísimo derecho del trabajador que es el derecho a la huelga. Más bien sucede lo contrario. Lo que aquí se protege es el derecho a no estar en huelga o a no hacer la huelga. Por eso, en los casos en que se impida violentamente el ejercicio del derecho a la huelga será aplicable el apartado 2 del art. 315 en relación al apartado 1. La necesidad de que los sujetos activos actúen «en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros» obliga a llevar a las coacciones o a las amenazas los casos en que el sujeto activo sea una sola persona que actúe por su cuenta y riesgo.

En realidad, la tipificación de este delito era innecesaria, pues los hechos que en él se tipifican podían sancionarse, y de hecho así se han sancionado, como coacciones, e incluso se ha considerado por algunos como anticonstitucional por limitar el derecho a la huelga del art. 28 de la Constitución (en este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, 1989, pp. 173 ss.; y ARROYO ZAPATERO).

FRANCISCO DE VITORIA

Prácticamente toda la doctrina aparecida en torno a este art. 315,2 muestra su perplejidad por el mantenimiento de este precepto en el Código penal de 1995, sobre todo después de que el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 21 de diciembre de 1988 haya declarado que el derecho de huelga «implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin» (citada por LASCURAÍN SÁNCHEZ, en Compendio, p. 645), lo que de algún modo legitima la actuación de los llamados «piquetes informativos», siempre que no ejerzan una fuerza, violencia o intimidación que coarte gravemente la libertad de los trabajadores que no están en huelga. De ahí que un sector doctrinal proponga incluir en el precepto sólo las coacciones consistentes en empleo de violencia grave (cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, en Compendio, p. 645; PÉREZ MANZANO, p. 43; NAVARRO CARDOSO, 1998, p. 144; BAYLOS/TERRADILLOS, 1997, p. 161; y MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 528).

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

Dice el art. 316: «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

Este delito fue introducido en el anterior Código penal en la reforma de 1983, entre los delitos de riesgo en general (art. 348 bis), con una redacción ligeramente distinta, elevando así la seguridad e higiene en el trabajo a la categoría de bien jurídico autónomo, incriminando el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene por parte de los «legalmente obligados» a velar por ellas. La garantía de la seguridad e higiene en el trabajo es obligación, en primer lugar, del empresario, conforme establecen los artículos 4 y 19 del Estatuto de los Trabajadores, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y los numerosos reglamentos que la desarrollan y que extienden el deber de seguridad e higiene a un amplio círculo de personas que, en términos del Tribunal Supremo, son todas aquéllas que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho (STS 10 mayo 1980). *Sujetos activos* del delito pueden ser, por consiguiente, tanto el empresario como los «encargados» por éste de la dirección del trabajo (ARROYO ZAPATERO, 1985, p. 848; LASCURAÍN SÁNCHEZ).

La conducta típica consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Caben tanto las conductas activas, como las de pura omisión, pues la formulación del tipo se proyecta no sobre la conducta en sí, sino sobre la omisión del cumplimiento de las medidas de seguridad. Ahora bien, no basta cualquier medida de seguridad «exigible», por ejemplo las de mera experiencia técnica, sino que el tipo requiere que se trate de las previstas en «normas de prevención de riesgos laborales», cuyo cuerpo básico viene constituido por la Ordenanza General de 1971. La infracción ha de poner «en peligro grave la vida, salud o integridad física» de los trabajadores. Para determinar tal extremo se ha de atender tanto al rango de la norma infringida como a su relevancia material para la seguridad de los trabajadores. De no concurrir efectivamente tal peligro, la infracción no sobrepasa la condición de ilícito administrativo.

Por lo que respecta al *tipo subjetivo*, es necesaria la conciencia de la infracción de la norma reglamentaria y de la puesta en peligro, tratándose también aquí de un dolo referido a la acción peligrosa. Sin embargo, la propia gravedad de los hechos ha motivado que el legislador incrimine la *comisión imprudente* (con «imprudencia grave») de este delito, en el art. 317, castigándola con la pena inferior en grado (a la del delito doloso).

Si el peligro se realiza en un resultado lesivo para la vida, la salud o la integridad corporal del trabajador se produce un concurso ideal de delitos, a resolver con las reglas del artículo 77, pues se trata efectivamente de dos delitos distintos: el de peligro común y el de resultado lesivo, de homicidio o lesiones imprudentes.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (p. 119) entiende, sin embargo, que es mejor apreciar un concurso de leyes a favor de la aplicación del delito de lesión, salvo que el delito de peligro tenga mayor pena, tesis que el legislador ha acogido en los delitos de peligro en el tráfico automovilístico en el art. 383, pero no en éste, por lo que no hay por qué derogar las reglas generales (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 542; cfr. también MONGE FERNÁNDEZ, pp. 303 ss., quien en relación con el art. 350 distingue distintos supuestos: peligro individual/lesión individual; peligro múltiple/lesión individual; peligro múltiple/lesión múltiple, y reserva la solución del concurso de leyes para el primero y tercero, no para el segundo de los supuestos, en el que admite un concurso ideal de delitos. En la práctica, tanto en este delito, como en otros muchos delitos de peligro, la producción del resultado de lesión determina sólo la apreciación de éste último, quedando el delito de peligro la mayoría de las veces sin sanción si no llega a producirse la lesión. Sobre la relación con el delito previsto en el art. 350 véase *infra* capítulo XXVI y MONGE FERNÁNDEZ, pp. 237 ss.).

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, introdujo en el Código penal un nuevo Título, el XV bis, con la rúbrica «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», constando de un solo artículo, el 318 bis. El castigo de los delitos que se contienen en este precepto pretende evitar el *tráfico ilegal de personas*, tanto desde España, como en tránsito o con destino a España. Su estructura es, pues, la de una *norma penal en blanco*, pues la legalidad o ilegalidad de dicho tráfico se determina extramuros del Código penal, principalmente en la propia Ley Orgánica 4/2000, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España con bastantes restricciones y algunas disposiciones dudosamente constitucionales. Aunque el *bien jurídico protegido* parece ser a primera vista, según reza la rúbrica del nuevo Título, los derechos de los extranjeros, éstos, cuando son objeto del tráfico ilegal, quedan prácticamente sin derechos y tienen que contar con una casi inmediata expulsión del territorio nacional, por vía administrativa. No obstante, la Ley 4/2000, en su afán por atrapar a esos «negreros del siglo XXI» que son los traficantes de personas, concede la posibilidad al extranjero que haya entrado o se encuentre ilegalmente en España de quedar exento de responsabilidad administrativa y no ser expulsado si denuncia ante las autoridades competentes a los autores y cooperadores de dicho tráfico, o si coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores (art. 59). El precepto está, sin duda, bien orientado, aunque carece de eficacia práctica, entre otras cosas porque el inmigrante ilegal muchas veces no puede identificar o conocer más que a algunos intermediarios o personajes secundarios en el tráfico, y no a los principales responsables, que se integran en espesas redes o mafias similares a las de los narcotraficantes, que tienen su central en países fuera de la jurisdicción española. En todo caso, representa una discriminación para el extranjero ilegal que no puede dar esa información. El problema de la inmigración ilegal se está convirtiendo en un problema muy grave en todos los países de alto nivel económico, y tendrá difícil solución mientras existan los niveles de pobreza actualmente existentes en otros muchos países, principalmente africanos y latinoamericanos. Las medidas administrativas restrictivas tienen incluso un efecto criminógeno, pues prácticamente arrojan a los extranjeros que no tienen posibilidad de entrar, atravesar o residir legalmente en España, en manos de los traficantes. La Ley 4/2000 incluyó también entre las asociaciones ilegales (cfr. *infra* capítulo XXXV, asociaciones ilícitas) a «las que promuevan el tráfico ilegal de personas» en el art. 515,6º, pero este apartado 6º ha sido suprimido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Tipos legales

El art. 318 bis se configura con un tipo básico y varios cualificados.

a) Tipo básico

> Art. 318 bis: «1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión».

A diferencia de lo que sucede en el delito previsto en el art. 312,1 Cp y en el art. 313, el art. 318 bis no exige la cualidad de trabajador. Pero no siempre es fácil diferenciar entre este delito y los tipificados en los arts. 312,1 y 313, por lo que, en caso de que coincidan en el mismo supuesto de hecho, habrá que apreciar un concurso de leyes a resolver conforme a la regla 4ª del art. 8.

Sujeto activo puede ser cualquiera (véase, sin embargo, *infra*, tipos cualificados). *Sujeto pasivo* puede ser también cualquier persona (en los casos de tráfico ilegal desde España puede ser también un español, siempre y cuando la conducta se realice con destino a un país fuera de la Unión Europea).

Las conductas típicas están descritas de forma que abarquen toda intervención en el tráfico, por lejanas que estén del mismo, siempre que se «promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina» (de estructura muy parecida a la del narcotráfico, cfr. art. 368 e *infra* capítulo XXVIII). Parece, por tanto, innecesario añadir la expresión «directa o indirectamente». Con ello se convierten en delito consumado y en conductas de autoría actos como el comenzar el trasporte a España de un grupo de emigrantes clandestinos, o incluso el de comprar una «patera» o contratar a las personas que deben manejarla. No caben, por tanto, ni la tentativa, ni la complici-

dad. En todo caso, el hecho de referencia debe consistir en un acto de «tráfico», que equivale a comerciar, realizar actos de intermediación o trasporte, tanto «desde, en tránsito o con destino a España». El tráfico debe ser además «ilegal», entendiéndose por tal el realizado con incumplimiento de las normas que regulan la permanencia de ciudadanos extranjeros (Ley de Extranjería y demás disposiciones complementarias).

b) Tipos cualificados

En la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se ha incluido como supuesto cualificado en el apartado 2 del art. 318 bis el tráfico ilegal o la inmigración clandestina con propósito de «explotación sexual». La cualificación tiene sentido, porque además de la lesión del bien jurídico protegido que el propio tráfico ilegal comporta (la dignidad del ciudadano extranjero), existe también aquí una puesta en peligro de la libertad sexual de la persona que va a ser sometida a explotación sexual, aunque la pena prisión de cinco a 10 años parece excesiva, en la medida en que no se requiere que la explotación sexual haya tenido lugar. Si esta explotación llegara a producirse habrá, por tanto, un concurso (ideal medial) con el respectivo delito de coacción a la prostitución, proxenetismo, etc. El dolo de esta cualificación debe abarcar el conocimiento de que las personas con las que se trafica van a ser explotadas sexualmente (cfr. *supra* capítulo IX, y los trabajos de Pérez Cepeda y Villacampa Estiarte).

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

Por su parte, los apartados 4 y 5 del art. 318 bis contienen sendas cualificaciones para los casos en que el sujeto activo sea autoridad, agente de ésta o funcionario público (penas del apartado 3 y además inhabilitación absoluta de seis a doce años) o pertenezca a una organización o asociación, incluso transitoria, que se dedique a la realización de tales actividades (penas superiores en grado a las previstas en

los apartados anteriores e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena). Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En estos casos se puede aplicar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 Cp.

En el apartado 6 se ha introducido ahora la posibilidad de imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

SECCIÓN SEGUNDA
DELITOS CONTRA LOS VALORES PATRIMONIALES Y SOCIOECONÓMICOS

El patrimonio y los valores de carácter socioeconómico en general no son conceptos que se puedan estudiar separadamente de la persona, física o jurídica, a quien pertenecen. Pero tampoco son tan importantes como otros valores o intereses inherentes a la persona por el hecho de serlo, como la vida, la salud, el honor o la libertad, ni pueden ser objeto de protección penal como valores autónomos e independientes de la persona; por eso los delitos contra ellos deben ser estudiados en una sección distinta a los delitos contra los valores de la personalidad, pero dentro del amplio grupo de los delitos contra las personas a las que sin duda afectan. Con ello no se desconoce la importancia del patrimonio como soporte material, junto a la vida, de todos los demás bienes de las personas, sino que se acentúan sus peculiaridades y características que son muchas y que justifican su tratamiento separado.

CAPÍTULO XV

La rúbrica del Título XIII: necesidad de una consideración unitaria de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Relaciones con otras ramas del Derecho: remisión a otro lugar. Bien jurídico protegido: el concepto de patrimonio y su contenido. Disposiciones comunes. Clasificación

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ASÚA BATARRITA, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales,* ADP 1993; BAJO FERNÁNDEZ, *Errónea configuración de ejercicio de un derecho en los delitos contra la propiedad,* RDP 1975; BUENO ARÚS, *Algunas consideraciones sobre la protección de la propiedad en el Anteproyecto de Código penal de 1992 desde una perspectiva constitucional,* AP 1992; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación,* Barcelona 1994; DÍAZ PALOS, *Infracciones contra el patrimonio,* RJCat. 1980; FERNÁNDEZ ALBOR, *Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código penal de 1980,* en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; GÓMEZ BENÍTEZ, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio,* ADP 1980; el mismo, *Delitos contra el patrimonio en el Anteproyecto de Código penal de 1983 (hurtos, robos, estafas e insolvencias punibles),* RFDUC monográfico 6, 1983; GONZÁLEZ RUS, *Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos,* PJ núm. especial IX, 1989; el mismo, *La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas,* EPC 1993/1994; HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario,* Madrid 1980; el mismo, *Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código penal de 1980,* CPC 1981; LÓPEZ HERNÁNDEZ, *Sobre la tutela penal del patrimonio,* ADP 1965; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes,* Barcelona 1971; el mismo, *La reforma de los delitos contra el patrimonio,* RFDUC monográfico 6, 1983; el mismo, *El tráfico ilegal de obras de arte,* EPC 1992/1993; NOVOA MONREAL, *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico,* ADP 1982; QUINTERO OLIVARES, *La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español,* EPC 1978/1979; RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad,* ADP 1960; el mismo, *La reforma «socialista» de los delitos contra la propiedad en el Código penal español,* RDP 1984; RUIZ VADILLO, *La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma parcial del Código penal de 25 de junio 1983,* EPC 1982/1983; el mismo, *Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica,* PJ núm. especial IX, 1989;

SERRANO BUTRAGUEÑO, *En contra de la excusa absolutoria del art. 564 del Código penal*, AP 1993; VARIOS, en *Jornadas Tiedemann*, Madrid 1995; ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid 1988.

Sobre el Código penal de 1995: BACIGALUPO ZAPATER, *Curso de Derecho penal económico*, Madrid 1998; CORTÉS BECHIARELLI, *¿Estimación de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad en caso de hermanos no convivientes?*, El Derecho 2001; GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia 2002; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia 1998; ROBLEDO VILLAR, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código penal*, Barcelona 1997; SILVA SÁNCHEZ, *Hermanos, pero no «primos», Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absolutoria del art. 268 del Código penal. Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo*, La Ley 2001; ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal (consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.)*, CPC 1996.

Sobre el concepto de «orden socioeconómico», véase *infra* capítulo XXII.

LA RÚBRICA DEL TÍTULO XIII: NECESIDAD DE UNA CONSIDERACIÓN UNITARIA DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

Los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico están recogidos en el Título XIII del Libro II del Código penal. Como de la propia rúbrica se desprende, en este Título junto a los intereses patrimoniales en sentido estricto (propiedad, posesión, algunos derechos reales y obligacionales) se protegen también otros de carácter más amplio que, al igual que el patrimonio, tienen una connotación económica, pero que más que a las personas individualmente consideradas se refieren a un orden económico con trascendencia social. Esto no quiere decir que los delitos que puedan incidir más en ese orden socioeconómico tengan un bien jurídico común diferente, o una naturaleza completamente distinta a la de los delitos contra los valores patrimoniales individuales. Como más adelante veremos (*infra* capítulos XXII y XXIII), la tendencia a la creación de un Derecho penal económico no debe hacernos olvidar que el bien jurídico en la mayoría de estos delitos es un bien jurídico de carácter personal, por más que su trascendencia en intereses económicos de carácter social deba ser tenida también en cuenta en la reformulación de algunos tipos delictivos patrimoniales tradicionales o en la creación de nuevas figuras de delitos capaces de captar esa dimensión socioeconómica, que es, en definitiva, lo que hace el Código penal de 1995, tras varios intentos fallidos de los Proyectos anteriores para autonomizar los delitos contra el orden socioeconómico y desgajarlos del Título de los delitos contra el patrimonio. En realidad, nos enfrentamos aquí a un mismo tipo de delincuencia, aunque la transformación de la economía ha obligado en los últimos años a configurar nuevos tipos delictivos o a modificar algunos delitos patrimoniales tradicionales en aras de una mayor funcionalidad y eficacia en la lucha contra las modernas formas de criminalidad.

Por eso, y a pesar del dualismo mencionado en la rúbrica del Título XIII, vamos a tratar su contenido de un modo unitario, dividiéndolo, sólo a efectos expositivos, en delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico, sin darle mayor valor a esta distinción que la que se derive luego de la interpretación de los correspondientes tipos delictivos. Una metodología parecida se utiliza en las exposiciones generales que se hacen de esta materia en los Manuales y Comentarios, que tampoco ofrecen un criterio claro que permita distinguir entre uno y otro grupo de delitos (cfr. también *infra* capítulo XXII).

En otros lugares del Código hay también otros delitos que, sin estar recogidos en el Título XIII, pueden afectar más o menos directamente a los intereses patrimoniales y socioeconómicos, como por ej. algunos delitos de falsedades documentales (arts. 392, 393, 396, Título XVIII), cuya diferenciación con las estafas es a veces difícil por su estrecha relación con las mismas; y otros delitos que, afectando a intereses patrimoniales, por la cualidad del sujeto que los realiza y por afectar a la gestión del Erario público se incluyen en un Título especial, así por ej. la malversación de fondos públicos o los fraudes y exacciones ilegales (cfr. arts. 432 y ss., Título XIX). Pero la afectación de otros bienes jurídicos más específicos obliga a tratarlos en relación con ellos, separadamente de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. También se deben estudiar separadamente los *delitos contra el orden público económico* (véase *infra* capítulo XLIII), que protegen la intervención del Estado en la economía a través de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, que constituyen bienes jurídicos autónomos con características propias, regulados en el Título XIV.

RELACIONES CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO: REMISIÓN A OTRO LUGAR

En el estudio de los delitos patrimoniales nos encontramos muchas veces con términos usados en otras ramas del Derecho, especialmente en el Derecho privado. Ello ha motivado en la doctrina una polémica

en torno a cómo deben ser entendidos dichos conceptos, si en el sentido originario que ostentan en el Derecho privado, limitándose el Derecho penal a sancionarlos (*teoría sancionatoria del Derecho penal*), o bien de modo independiente, con un significado distinto al que tienen en las otras ramas del Derecho (*teoría autónoma del Derecho penal*).

La primera teoría parte del carácter sancionatorio del Derecho penal, dejando a la exclusiva competencia del Derecho civil la determinación del significado de los términos que se refieren al Derecho privado. No considera, por tanto, las exigencias particulares del Derecho penal, que obstaculizan la recepción pura y simple de los conceptos delineados en el Derecho privado. Pero tampoco la otra teoría es convincente, porque no puede afirmarse *a priori* que los conceptos elaborados en otras ramas del Derecho no tengan ninguna validez para el Derecho penal.

Se trata de un *problema de interpretación* que se debe resolver caso por caso. El punto de partida debe ser la aceptación de esos conceptos tal como vienen elaborados del Derecho privado, pero luego deben ser analizados de nuevo desde el punto de vista del ámbito de protección específicamente fijado por las tipicidades contenidas en las normas jurídicas penales, comprobando las consecuencias que se derivan de su aplicación. Nos ocuparemos de ello en el análisis de los correspondientes tipos delictivos donde más se plantea esta clase problemas (hurto, robo, usurpación, apropiación indebida, etc.).

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: EL CONCEPTO DE PATRIMONIO Y SU CONTENIDO

Para saber cuál es el bien jurídico protegido en el Título XIII se debe partir, como en tantos otros grupos de delitos, de la rúbrica del mismo, que en este caso reza: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico». Con esta denominación se ofrece ya una orientación para saber cuál puede ser este bien jurídico. Pero, como ya dijimos al inicio de este capítulo, el orden socioeconómico más que un bien jurídico es una dimensión social más amplia de los intereses económicos que subyacen al concepto de patrimonio; por eso, sin perjuicio de ocuparnos más adelante (véase *infra* capítulo XXII) de las particularidades del concepto de «orden socioeconómico», vamos a ver ahora qué es lo que se entiende por patrimonio.

Originariamente, y debido a que la rúbrica que tenía este Título en el anterior Código penal era la de «De los delitos contra la propiedad», se consideró que era la propiedad el bien jurídico común a todas las infracciones en él recogidas. La propiedad se define en el art. 348 del Código civil como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Este concepto, con más o menos variantes, es el aceptado por la doctrina jurídica privada. Entendida así la propiedad, basta leer el Código penal en su Título XIII para darse cuenta de que este concepto elaborado por los privatistas no puede comprender toda la gama de relaciones que se encuentran recogidas en dicho Título.

En efecto, en el Código penal existen determinadas infracciones en las que se daría la paradoja, si se aceptara la propiedad en su acepción jurídica privada, de que el propietario de una cosa pudiese cometer un delito «contra la propiedad», al apropiarse de dicha cosa teniéndola otro legítimamente en posesión. Así, en el art. 236 se castiga al dueño de una cosa que la sustrajere a otra persona que la tuviese en virtud de un título legítimo. También en el art. 289, dentro de este Título XIII, se tipifica el daño realizado por el propietario sobre cosa propia, siempre que ésta sea de utilidad social o cultural. De aceptar que es la propiedad en el sentido civilista del término el bien jurídico común a todos los delitos contenidos en el Título XIII, se daría el supuesto insólito en Derecho penal de que el titular del bien jurídico protegido y el sujeto activo del delito coincidan en una misma persona: se castigaría, por tanto, como reo de un «delito contra la propiedad», al propietario mismo.

Por otra parte, ni siquiera en los delitos patrimoniales más clásicos se protege exclusivamente la propiedad, pues en muchos de ellos se protegen otro tipo de derechos reales, o sólo la posesión, o derechos de crédito. Por eso, ya incluso con la anterior rúbrica se proponía por la doctrina sustituir el término propiedad por otro más amplio capaz de servir de bien jurídico común a todo el conjunto de relaciones reales y obligaciones de carácter económico que se protegen en el Título XIII. Y así fue como en lugar de la expresión «Delitos contra la propiedad» se propuso la de «Delitos contra el patrimonio» que es la que, junto con la de «y contra el orden socioeconómico», se utiliza ahora.

El concepto de patrimonio, al contrario de lo que sucede con el de propiedad, no está plenamente perfilado, lo que permite que se pueda aceptar un concepto lo suficientemente amplio y después, en atención

a los fines del Derecho penal, ir delimitándolo. En este sentido amplio se puede definir el patrimonio como un *conjunto de derechos y obligaciones*, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero.

Es necesario que el patrimonio tenga un *valor económico estimable en dinero*. Desde luego también deben ser protegidas las cosas que, aun estando desprovistas de un valor económico objetivo, tienen un valor afectivo, subjetivo, para el que las posee. Pero en Derecho penal no se puede decir que el patrimonio comprenda también las cosas que, estando privadas de un valor de cambio en dinero, tienen para el sujeto uno afectivo sentimental. Si nos atenemos a un concepto estrictamente económico, también debe considerarse inexistente el hurto en el caso de que alguien, apoderándose de la cosa mueble de otro, deje en su lugar un objeto de valor equivalente, o dinero por el mismo valor. El concepto económico se refleja en el Código penal ya que la mayoría de los delitos contra el patrimonio en nuestro Código requieren la producción de un perjuicio patrimonial valorable en dinero como base para poder aplicar la pena. Sin embargo, el concepto económico de patrimonio no puede aceptarse hasta el punto de proteger posiciones patrimoniales ilegítimas o no reconocidas jurídicamente, aunque la antijuricidad de la posesión de una cosa no legitima la acción del que se apodera de ella o la adquiere de forma antijurídica también (por ej., mediante estafa, véase *infra* capítulo XIX).

Lo que caracteriza al concepto penal de patrimonio es tanto el valor económico de la cosa, como la protección jurídica que se brinda a la relación de una persona con esa cosa. Por ello, parece también conveniente en Derecho penal una *concepción mixta jurídico-económica de patrimonio*, que es dominante en nuestra doctrina, aunque con diversos matices. Para Huerta Tocildo (1980, pp. 35 ss.) esta concepción mixta se caracteriza por los siguientes puntos:

a) Objeto material de un delito patrimonial sólo pueden serlo aquellos bienes dotados de valor económico.

b) Para ser sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa, sino que es preciso que esté relacionado con ella en virtud de una relación protegida por el Ordenamiento jurídico.

c) Por perjuicio patrimonial hay que entender toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que, jurídicamente, corresponde a una persona.

Más recientemente se mantiene por un sector de nuestra doctrina (Asúa Batarrita, De la Mata Barranco, Sánchez Tomás, en Rodríguez Ramos, p. 87, Gallego Soler) una *teoría personal o funcional del patrimonio* que, más que sustituir la concepción mixta, viene a resaltar que el patrimonio no es un fin en sí mismo, sino un medio de realización personal del individuo. Este aspecto personalista del patrimonio tiene cierta relevancia en aquellos casos en los que el valor de un objeto está relacionado con un determinado uso o finalidad personal, pero la consideración de este aspecto personal no puede llevar, en ningún caso, a incluir en el concepto de patrimonio simples valores afectivos (cfr. García Arán, pp. 23 ss., e *infra* capítulo XIX: concepto de perjuicio patrimonial en la estafa).

El contenido del patrimonio

Para los fines del Derecho penal forman parte del patrimonio no sólo los derechos reales, sino también las obligaciones. También es elemento integrante del patrimonio, al menos en sentido jurídico-penal, la posesión, que es una relación fáctica que liga al sujeto con una cosa. Una especialidad del Derecho penal es la protección, en algunos casos, de los valores poseídos en pugna con el Derecho, por ejemplo, la posesión del ladrón, siempre que no sea frente al propietario. En cuanto a las expectativas, es decir, al probable incremento patrimonial con vistas al futuro, no puede decirse que pertenezcan al patrimonio en sentido jurídico-penal, y sólo deben tenerse en cuenta a los efectos de la responsabilidad civil, para la determinación del lucro cesante causado por el delito.

En Derecho penal carece de relevancia la distinción entre el patrimonio entendido como «*universitas iuris*», es decir, como totalidad, y el patrimonio entendido sólo en sus elementos integrantes. En Derecho penal no existen delitos dirigidos contra el patrimonio en su totalidad, todo lo más existen delitos, como por ej. la estafa, que se dirigen contra elementos integrantes del patrimonio, aunque sin concretarse en uno determinado (véase *infra* capítulo XIX).

En conclusión, podemos decir que lo que se protege en el Título XIII del Libro II del Código penal es un conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales que tienen un valor económico y que pueden ser comprendidas bajo el término amplio de patrimonio. Este concepto es ante todo un bien jurídico de carácter personal, sin perjuicio de que muchas de las relaciones que en él se protegen tengan también una incidencia en ámbitos socioeconómicos más amplios, dando lugar a la configuración de nuevos tipos delictivos, capaces de abarcar también esa relevancia socioeconómica, que serán estudiados más adelante (véanse capítulos XXII y XXIII).

DISPOSICIONES COMUNES

Dentro del Título XIII hay dos preceptos, el art. 268, que se refiere a todos los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia ni intimidación, y el art. 269, que sólo se refiere a determinados delitos. Ambos preceptos se contienen en el Capítulo X de dicho Título y, como expresamente se dice en la rúbrica del mismo, son disposiciones comunes «a los capítulos anteriores», es decir, sólo a aquellos delitos del Título XIII que más directamente se pueden denominar «delitos patrimoniales».

– *La excusa absolutoria entre parientes*. El art. 268 se refiere a los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, «los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en 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». Se trata de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria, que no alcanza a la responsabilidad civil, ni a los extraños que participaren en el delito; pero que no debe entenderse tan ampliamente hasta el punto de que, como hace la STS de 20 de diciembre de 2000, citando decisión del Pleno de la Sala segunda de 15 de diciembre de 2000, alcance también a los hermanos que no viven juntos (en contra de esta interpretación Silva Sánchez y Cortés Bechiarelli).

– *La punibilidad de las formas intentadas de participación*. La otra disposición común declara expresamente punibles la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, castigándolas con la pena inferior en uno a dos grados a la del delito correspondiente (art. 269).

CLASIFICACIÓN

Aunque por las razones ya dichas los diversos tipos delictivos contenidos en el Título XIII son reconducibles a un mismo bien jurídico protegido: el patrimonio, con incidencia eventual en un concepto más amplio de orden socioeconómico, la complejidad y extensión de esta materia obliga a hacer, en primer lugar, una clasificación sistemática de los delitos patrimoniales que tenga en cuenta, por un lado, la distinta problemática que encierran los delitos patrimoniales de enriquecimiento (I) y los que no procuran ningún enriquecimiento a su autor y que directamente se dirigen al daño o destrucción del patrimonio (II). Pero dentro de los delitos patrimoniales de enriquecimiento es preciso, además, acudir a la estructura de la acción típica, apoderamiento o engaño, para matizar algunas particularidades de los que son reconducibles a uno u otro grupo.

Respecto a los delitos contra el orden socioeconómico, aun advirtiendo de la arbitrariedad que supone una separación tajante entre este orden y el puramente patrimonial, se puede considerar que todos los tipificados en los capítulos siguientes al Capítulo X, que recoge las Disposiciones comunes a los que el art. 268 llama delitos patrimoniales, son reconducibles a este segundo grupo, si bien por las afinidades estructurales con los daños patrimoniales que presenta la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (Capítulo XII) trataremos este delito dentro del capítulo dedicado a los daños, y, por las mismas razones, trataremos en el capítulo dedicado a los delitos relativos a la formación de precios y al mercado, la alteración de precios en concursos y subastas públicas que se tipifica en el Capítulo VIII.

Sin violar, pues, demasiado la sistemática del Título XIII, y procurando salvar la mención dualista que se hace en su rúbrica al patrimonio y al orden socioeconómico, los delitos en él contenidos se pueden clasificar en delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico; pero a su vez los delitos contra el patrimonio se pueden clasificar en:

I. Delitos patrimoniales de enriquecimiento

A) De apoderamiento: bien tomando materialmente una cosa mueble (robo, hurto, uso de vehículo de motor), bien usurpando un derecho real o cosa inmueble (usurpación).

B) Defraudaciones: bien desempeñando el fraude o engaño el papel rector (estafa, apropiación indebida, defraudaciones del fluido eléctrico y similares), bien teniendo un papel meramente accesorio o concomitante (insolvencias punibles).

II. Delitos patrimoniales sin enriquecimiento: daños

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

CAPÍTULO XVI

I. Delitos patrimoniales de enriquecimiento. A) De apoderamiento: Hurto. Robo. Robo con fuerza en las cosas

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALTES MARTÍ, *La Ley de 28 de diciembre y el art. 514, núm. 4 del Código penal,* en Escritos Penales, Valencia 1979; BAJO FERNÁNDEZ, *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago,* RDP 1976; el mismo, *Algunas consideraciones sobre la protección jurídico penal de la posesión,* RDP 1976; BORJA JIMÉNEZ, *Algunos aspectos críticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el robo en casa habitada,* PJ 1987; CANDIL JIMÉNEZ, *En torno al «furtum possessionis»,* en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; CORTÉS CAMACHO, *La agravante por uso de armas en el delito complejo de robo,* AP 1995; DE LA MATA BARRANCO, *Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída a su titular,* PJ núm. especial IX, 1989; el mismo, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación,* Barcelona 1994; DEL ROSAL, *Consumación en el hurto y otros problemas penales,* ADP 1949; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público,* PJ 1989; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Llaves falsas y delincuencia patrimonial,* EPC 1985/1986; el mismo, *Robo con escalamiento,* en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; JIMÉNEZ ASENJO, *Escalamiento,* NEJ VIII, 1958; MATA Y MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas,* Valencia 1995; ORTS BERENGUER, *Reflexiones en torno al art. 511 del Código penal,* CPC 1978; PALAU MAS, *El ánimo de haber la cosa como propia (animus rem sibi habiendi) en los delitos de robos y hurtos,* RGD 1989; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio,* Madrid 1995; QUINTERO OLIVARES, *El hurto,* en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio,* Madrid 1946; el mismo, *Hurto,* NEJ XI, 1962; el mismo, *Hurtos cualificados,* NEJ XI, 1962; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador,* ADP 1961; RODRÍGUEZ RAMOS, *El hurto de uso en general. (Doctrina jurisprudencial resumida en la sentencia de 4 de octubre de 1976),* CPC 1977; el mismo, *Apropiación de la totalidad del tesoro oculto. (Resumen y crítica de la postura jurisprudencial),* CPC 1977; ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica,* Madrid 1987; RUIZ ANTÓN, *Los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para determinar la pena,* en

Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; SÁENZ DE ROBLES, *El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto*, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989; SORIANO SORIANO, *Llaves falsas: las legítimas sustraídas al propietario. (Estudio jurisprudencial del art. 510, núm. 2, del Código penal)*, CPC 1989; el mismo, *El robo en casa habitada y sus dependencias: artículos 506.2º y 508 C.P. Legislación vigente y Anteproyecto de 1992*, CPC 1992; el mismo, *Efectos penológicos de las agravantes específicas de los artículos 506 y 516 del Código penal*, RGD 1992; el mismo, *El robo en edificio público y sus dependencias*, CPC 1993; el mismo, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto*, Valencia 1993; VAELLO EZQUERDO, *Las cualificaciones del hurto*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; VALENCIA MARTÍNEZ, *El momento consumativo del hurto*, RDPC 1993; VALMAÑA OCHAITA, *EL tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas*, Madrid 1993; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, PJ número especial IX, 1989; VIDAL ANDREU, *Robo domiciliario*, La Ley 1985; VIDALES RODRÍGUEZ, *Protección penal del patrimonio ilícito: el supuesto de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, PJ 1993; ZUGALDÍA ESPINAR, *Hurto y apropiación indebida: criterios de demarcación*, CPC 1986 (también en RFDUC monográfico 11, 1986); el mismo, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid 1988.

Sobre el Código penal de 1995: BENEYTEZ MERINO, *El delito de robo en local abierto al público. Derogación virtual de una norma por la jurisprudencia*, AP 2000; BOLEA BARDÓN/ ROBLES PLANAS, *La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿Robo, hurto, estafa?*, La Ley 2001; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos de robo: Dos cuestiones interpretativas*, AP 1997; el mismo, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia 1999; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El robo con fractura exterior*, Barcelona 1997; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta nº 11/1997, 29 de octubre, robo con fuerza en las cosas cometido en edificio o local abierto al público*, AP 1997; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia 1998; ISCAR SÁNCHEZ, *Consideraciones generales. Delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas*, RMF 1997; LANZAROTE MARTÍNEZ, *Ratio agravatoria y ámbito de aplicación del delito de robo cometido en local abierto al público*, La Ley 1998; LUQUE MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas: su configuración*, La Ley 1996; MARCHENA GÓMEZ/ MORENO VERDEJO, *El delito de robo en el Código penal de 1995*, Madrid 1995; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *Robo y Hurto*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; MATA Y MARTÍN, *Observaciones sobre la nueva regulación del robo con fuerza en las cosas*, AP 1997; el mismo, *Los modernos sistemas de seguridad en el apoderamiento patrimonial desde la perspectiva del robo con fuerza en las cosas*, PJ 1998; MELENDO PARDOS, *Bromas y veras en nuestra reciente legislación penal*, La Ley 2003; MUÑOZ CUESTA (coord.), *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona 1998; PUERTA LUIS, *El delito de hurto*, La Ley 1996; ROBLEDO VILLAR, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código penal*, Barcelona 1997; RODRÍGUEZ RAMOS, *Los nuevos delitos de robo*, La Ley 1996; ROGUES VALLÉS, *La comisión del robo con fuerza en las cosas en edificio o local abiertos al público. A propósito de la STS 16 de junio 1997*, PJ 1997; SALINERO ALONSO, *La protección del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona 1997; el mismo, *Sobre la nueva regulación del hurto y robo. Reflexiones en torno a las consecuencias de la desaparición de las penas privativas de libertad de corta duración en estos delitos*, AP 1999; SOTO NIETO, *Robo con fuerza en las cosas. Comisión en edificio o local abiertos al público*, La Ley 1997; el mismo, *Faltas continuadas de hurto. Transformación en delito continuado*, La Ley 1998; el mismo, *Robo con fuerza en las cosas. Utilización ilegítima de tarjetas de crédito*, La Ley 2001; el mismo, *El escalamiento en el robo con fuerza en las cosas. Plausible actualización jurisprudencial*, La Ley 2001; el mismo, *Vigilante en el delito de robo. Condición de cooperador necesario*, La Ley 2001; VARIOS, *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Silva Sánchez (dir.), Madrid 2002.

I. DELITOS PATRIMONIALES DE ENRIQUECIMIENTO

La mayoría de los delitos patrimoniales se construyen sobre la idea de un enriquecimiento injusto del sujeto activo a costa de un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo. Esta idea constituye el sustrato material de estos delitos, aunque no siempre esté presente en su configuración legal. El *ánimo de lucro* se exige expresamente en algunos delitos, como el hurto o el robo; pero en otros se da por supuesto y no se menciona expresamente. Una cuestión distinta es la relevancia dogmática de este elemento, que normalmente constituye un elemento subjetivo del injusto, pero que otras veces está más allá de las exigencias legales. En todo caso, el enriquecimiento debe entenderse en un sentido amplio, como beneficio patrimonial para el autor del delito o para un tercero, consecuencia del perjuicio que se produce en el patrimonio lesionado por la acción delictiva.

Por lo que respecta a la dinámica de la acción, los delitos de enriquecimiento se pueden clasificar en delitos de apoderamiento y defraudatorios.

A) DE APODERAMIENTO

Los delitos de apoderamiento requieren normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo. Eso exige por parte del sujeto activo una acción material de «tomar» o «apoderarse», aunque respecto al delito de extorsión (art. 243) y algunos supuestos de usurpación (arts. 245 y ss.) debe

entenderse este apoderamiento en un sentido ideal, ya que, al consistir la extorsión en obligar a otro a realizar u omitir un acto o negocio jurídico, o recaer la acción en la usurpación sobre bienes inmuebles o derechos reales, no cabe hablar de acción material de apoderamiento. Lo importante es que los delitos de este grupo requieren un determinado comportamiento físico activo, incluso con medios comisivos violentos o intimidatorios; mientras que los delitos defraudatorios se realizan preponderantemente por medios psicológicos más sutiles como el engaño.

HURTO

El hurto se ha conceptuado siempre como la figura básica de los delitos contra el patrimonio, sobre todo en lo que respecta a las figuras de apoderamiento material. El Código penal define el hurto en el art. 234:

> «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a 18 meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros».

Bien jurídico protegido en el delito de hurto (y en los demás delitos de apoderamiento) es, para un sector doctrinal, *la propiedad*. Pero este derecho no siempre está actualizado en el momento en que se comete el hurto; así, por ejemplo, la sustracción de una cosa perdida al depositario de la misma es hurto aunque el propietario no aparezca nunca. Además, la posesión puede tener, a veces, una protección autónoma e incluso preferente frente a la propiedad. Así, por ejemplo, en el art. 236, en el mismo Capítulo I que trata de los hurtos, se prevé un delito, llamado tradicionalmente *«furtum possesionis»*, es decir, hurto de la posesión, que permite castigar al propietario que sustrajere la cosa mueble a quien la tenga legítimamente en su poder. En él puede incluirse, por ejemplo, la conducta del deudor prendario que se apodera de la cosa dada en prenda al acreedor, sin cancelar su deuda. Se trata aquí de proteger la posesión legítima, incluso frente al propietario, que, en determinados momentos, puede estar privado legalmente de ella (deudor prendario, nudo propietario, etc.). El bien jurídico protegido directamente en este precepto es, por consiguiente, *la posesión*. El deudor prendario, propietario de la cosa dada en prenda, que se apodera de ésta comete, por tanto, un delito que directamente afecta a la posesión, que en este caso goza de protección preferente frente a la propiedad. Por supuesto que también cabe el supuesto contrario, es decir, que el poseedor se apodere de la propiedad ajena, pero en este caso el delito es una apropiación indebida y no un hurto. Por todo ello, si se quiere ofrecer un bien jurídico común a todos los supuestos de hurto tipificados en el Capítulo I del Título XIII y diferenciar este delito del de apropiación indebida que se regula en otro lugar (véase *infra* capítulo XIX), el bien jurídico directamente protegido en el hurto no puede ser otro que la posesión, si bien indirectamente resultará generalmente lesionado el derecho de propiedad de alguien (de esta opinión también García Arán, pp. 44, 46 ss. En contra, Zugaldía Espinar, 1988, pp. 41 ss., y la doctrina dominante).

Tipo objetivo

Objeto material es la «cosa mueble ajena» sobre la que recae la acción del sujeto activo.

En el lenguaje común es *cosa* todo objeto del mundo exterior; jurídicamente lo es todo aquello que puede ser objeto de derechos patrimoniales, es decir, todo objeto corporal que tiene un valor económico y es susceptible de apropiación. Las cosas fuera de comercio pueden ser objeto de delito patrimonial del mismo modo que las sujetas a comercio.

> No se considera cosa al cuerpo humano viviente como tal, aunque sí pueden considerarse cosas las partes separadas de él como pelo, dientes, etc. En cuanto al cadáver y a las partes del cadáver, si han entrado a formar parte del comercio (por ej.: colecciones anatómicas o de museo), pueden considerarse cosas y son objetos susceptibles de apropiación.

Las cosas se dividen, también en Derecho penal, en *muebles e inmuebles*. Esta distinción tiene importancia para diferenciar el hurto y el robo de la usurpación. Como punto de partida se debe emplear la distinción mueble-inmueble acogida en el Código civil (arts. 334 y ss.), pero sólo en un sentido orientador, ya que el concepto de cosa inmueble es más amplio en el campo del Derecho civil que en el del Derecho penal. En el Derecho penal no caben las categorías de inmueble por destino o incorporación, por lo que se consideran cosas muebles y su apropiación constituye o puede dar lugar a las figuras de hurto o robo, pero no a la de la usurpación (por ej., minerales, frutos, piedras, elementos de la construcción arrancados de los edificios, estatuas adosadas a la pared, etc.). En definitiva, penalmente hay que

entender por cosa mueble todo objeto del mundo exterior que sea susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento. Entre las cosas muebles se comprenden también, por tanto, los animales.

Mayores problemas plantea la determinación del concepto de *ajenidad*. El concepto de ajenidad es un concepto jurídico civil. Por ajenidad de una cosa hay que entender la no pertenencia de esa cosa a un sujeto. No son cosas ajenas las «*nullius*», que no tienen dueño y que por lo tanto son susceptibles de apropiación por cualquiera, y tampoco las cosas abandonadas. Al contrario, las cosas perdidas o de dueño desconocido sí son ajenas y pueden ser objeto de apropiación ilegal, pero esta conducta no constituye hurto, sino apropiación indebida del art. 253. Las cosas comunes, como el aire o el agua, siempre que no tengan una regulación en leyes especiales o no hayan sido recogidas para su utilización industrial en recipientes, no tienen el carácter de ajenas para nadie. Se plantean, por otro lado, interesantes cuestiones para determinar la ajenidad cuando la propiedad no está materializada sobre la cosa o una parte de ella, sino que se presenta por partes alícuotas o ideales de una cosa, como, por ejemplo, en los casos de copropietarios, coherederos, patrimonios de sociedades, etc. Aquí también hay que estar a las normas de Derecho civil. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el hurto requiere un desplazamiento posesorio, por lo que los casos problemáticos serán sólo aquellos en los que el sujeto no posea la cosa previamente. Para estos casos propone García Arán (p. 115) que hay hurto si el sujeto se apodera del exceso respecto de la cuota propia. Creo, sin embargo, que incluso si el copropietario se apodera sólo de la cuota que le corresponde antes de que se proceda a la división, pero perjudicando el valor económico del todo, cabe hablar de hurto. La «ajenidad» en este caso debe ser entendida como falta de «legitimación» para disponer de las cosas en común sin el permiso de la otra parte.

La *acción* consiste en apropiarse, es decir, en «tomar» las cosas muebles ajenas, como gráficamente dice el art. 234. Los medios empleados para ello pueden ser los más diversos. Pero la acción debe estar caracterizada de un modo negativo, para diferenciar el hurto del robo, es decir, debe realizarse «sin fuerza en las cosas y sin violencia o intimidación en las personas». Esto, que no se dice ahora expresamente en la definición que el art. 234 da del hurto, se deduce de una interpretación sistemática con el delito de robo, donde sí se exige que el delito se realice valiéndose el sujeto de alguno de estos medios (véase *infra*).

La tipicidad se delimita negativamente con un requisito añadido: «sin la voluntad de su dueño». El consentimiento, tácito o presunto, actúa normalmente como *causa de justificación*, pero en este caso puede considerarse ya directamente como una causa de exclusión de la tipicidad (en este sentido, también García Arán, pp. 116 ss.). Normalmente, en caso de conflicto entre la voluntad del poseedor y la del propietario, este último es de mejor derecho, salvo que la posesión tenga una protección específica autónoma incluso frente al propietario (cfr. art. 236), o que la apariencia de la posesión permita suponer que el sujeto que consiente tiene legitimación para ello (en este sentido Quintero, Comentarios, p. 1091; matizando el concepto de «apariencia», García Arán, p. 119). El consentimiento del menor o incapacitado es irrelevante y existe, por tanto, hurto. Si el consentimiento está viciado por el engaño existe estafa.

El *resultado* de la acción es la apropiación de las cosas. El hurto es un delito de resultado, ya que hace falta el desplazamiento patrimonial y exige la separación fáctica de una cosa del patrimonio de su dueño y su incorporación al del sujeto activo.

Tipo subjetivo

El «ánimo de lucro» al que se refiere el art. 234 se entiende como la intención de apropiarse de la cosa, en beneficio del sujeto activo o de un tercero. El simple hurto de uso no es típico y, por lo tanto, todo lo más puede dar lugar a un ilícito civil, salvo que recaiga en un vehículo de motor (cfr. art. 244 e *infra* capítulo XVIII).

> Naturalmente, el «ánimo de lucro», ampliamente interpretado, incluye cualquier tipo de ventaja o beneficio patrimonial que el sujeto se proponga conseguir mediante el apoderamiento de alguna cosa mueble ajena. Pero esta interpretación impediría excluir del delito de hurto el hurto de uso e incluso el delito de daños cuando se realizara para conseguir alguna ventaja patrimonial. Ciertamente el que usa indebidamente un apero de labranza ajeno se lucra, entre otras cosas porque se ahorra comprarlo, pero la conducta no puede equipararse, ni estructural ni cualitativamente, a la de quien se apropia, a título de dueño y con ánimo de hacerlo suyo, de tal objeto. Si no se procede a una interpretación restrictiva del ánimo de lucro, se amplía excesivamente el delito de hurto y se puede llegar a castigar la utilización de una cosa como hurto en función del valor de uso y no del valor de la cosa misma, aunque el derecho de propiedad o la posesión no hayan sido verdaderamente afectados (cfr. STS 4 octubre 1976 y comentario a la misma de Rodríguez Ramos, 1977, p. 139).
>
> Cosa distinta es el problema de prueba de la existencia del ánimo de apropiación y su diferenciación con el simple ánimo de uso, que la jurispru-

dencia resuelve, como todos los problemas de prueba de elementos subjetivos, recurriendo a pruebas indirectas y estableciendo unas presunciones «*iuris tantum*», que han sido justamente criticadas por la doctrina (cfr. VIVES/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES, Comentarios, p. 1136; BAJO II, p. 84; y GARCÍA ARÁN, p. 137, para quien «el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro en aquellos casos en que se realizan derechos de crédito, pero no en supuestos de deudas no exigibles», y siempre que no se emplee para ello violencia, intimidación o fuerza en las cosas, en cuyo caso se dará el delito previsto en el art. 455, cfr. *infra* capítulo XL).

Consumación

La vaga denominación usada por nuestro legislador para caracterizar la acción: «tomar», hace que sea a veces muy difícil precisar el momento consumativo del hurto. Se enfrentan sobre esto dos tesis extremas: la de máximo rigor, que se satisface con la mera *contrectatio*: el tocar la cosa consuma ya el delito, y la opuesta, que requiere la *illactio*, el efectivo dominio sobre la cosa. Una tercera tesis intermedia requiere la *disponibilidad* de la cosa por el agente como requisito mínimo para decir que el delito se ha consumado. Esta última tesis es la más aceptada por nuestra jurisprudencia, sobre todo cuando se refiere a la persecución del ladrón. La jurisprudencia dominante se inclina por castigar por hurto consumado si la persecución tiene lugar después de descubrir el hurto, es decir, cuando el agente pudo hipotéticamente disponer de lo sustraído, y como intentado cuando se inicia la persecución desde el momento del apoderamiento (STS 15 enero 1975). De acuerdo con esta teoría puede decirse que el no llegar a tocar la cosa, o el apoderamiento material sin disponibilidad, por sorprendimiento *in fraganti* o seguido de persecución ininterrumpida, constituyen tentativa; y la disponibilidad, aunque momentánea, consumación. Para la consumación no se requiere en ningún momento que el sujeto activo llegue efectivamente a lucrarse con la cosa hurtada.

También cabe la tentativa cuando, por ejemplo, en contra de las expectativas del sujeto activo no existe objeto material (meter la mano en un bolso que resulta estar vacío), o lo sustraído carece de valor económico (título-valor caducado).

Interesante es el problema de la calificación que debe darse a la sustracción del billete de lotería antes del sorteo. La jurisprudencia y la doctrina dominante califican el hurto por el valor del billete en sí, si éste después no obtuvo premio, y por el de la cuantía del premio si resultó posteriormente premiado. El procedimiento, como dicen VIVES/ GONZÁLEZ CUSSAC (en VIVES, Comentarios, p. 1133), resulta contradictorio. Pero tampoco creo que pueda plantearse el premio como una cuestión que sólo afecte a la responsabilidad civil, pues aunque no cabe duda de que la *expectativa del premio* no es un derecho patrimonial del que quede desposeído el poseedor legítimo del billete, esa expectativa al convertirse en realidad determina el lucro a través del cobro del premio por parte del ladrón. Lo que era, pues, un delito menos grave (o una falta) se transforma en un delito más grave. La solución teórica más correcta sería, por tanto, aceptar el concurso real entre el hurto por la cuantía del importe del billete antes del premio y el hurto por la cuantía del premio una vez cobrado, o una tentativa del mismo si no llega a cobrarse (por ej., porque es detenido justo en el momento del cobro); pero en la práctica es comprensible que se castigue sólo por el importe del premio, dada la escasa cuantía que normalmente tiene el billete de lotería en sí, si no llega a ser premiado.

Autoría y participación

Autor en sentido estricto es el que realiza la acción típica de «tomar» la cosa mueble ajena. Cabe la *autoría mediata* a través de un instrumento no doloso, valiéndose, por ejemplo, de un tercero que nada sabe, que toma y entrega la cosa al sujeto activo creyendo que éste es su dueño. Los casos en que el autor se vale de inimputables, por ejemplo menores de edad, pueden construirse a veces como *inducción*. Los supuestos de intervención con acciones no ejecutivas del apoderamiento (vigilancia, esperar en vehículo en marcha para facilitar la huida, recibir y ocultar la cosa sustraída existiendo previo acuerdo) pueden ser calificados como de cooperación necesaria. El problema que se plantea en la práctica es la distinción entre ésta y la complicidad, que, en todo caso, se castiga con la pena inferior en grado, no existiendo en esta materia unos criterios de distinción seguros, lo que se traduce en una jurisprudencia contradictoria muy vinculada a las particularidades del caso concreto (sobre las posibilidades de construir una coautoría por dominio funcional del hecho para los que no intervienen en la ejecución véase *infra*: participación en el robo con fuerza en las cosas).

Concurso

La pluralidad de sustracciones realizadas en diverso tiempo y lugar debe estimarse como un concurso real de delitos. Sin embargo, en aquellos casos en los que es difícil individualizar las sustracciones, no constando la cuantía de cada una de ellas y siendo único el propósito que animaba al sujeto activo, la jurisprudencia aplica la tesis del *delito continuado*, considerando las diversas sustracciones como un solo delito

y castigando por la cuantía global de lo sustraído, conforme a lo dispuesto en el art. 74.

La conversión de la falta en delito en caso de habitualidad

El hurto constituye delito si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros, mientras que si no supera esa cantidad dará lugar a una falta (cfr. arts. 234 y 623,1).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la LO 11/2003, de 29 de septiembre, añade un párrafo segundo al art. 234: «Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623,1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

Como ya se ha dicho respecto a un precepto similar introducido también en la reforma de septiembre de 2003 en el delito de lesiones (cfr. *supra* capítulos IV y VII), este nuevo precepto evoca más la idea de un «Derecho penal de autor» que de la de un «Derecho penal de acto». Las cuatro sustracciones realizadas en el plazo de un año se toman como síntoma de una «delincuencia profesionalizada» (como la llama la Exposición de Motivos de la reforma), que hace de este tipo de hechos su medio de vida (¿). No se trata siquiera de un supuesto de delito continuado, no sólo porque no se dan los presupuestos que exige esta figura en el art. 74, sino porque pueden ser infracciones aisladas sin ningún tipo de relación personal, temporal o espacial entre sí. También pueden darse de forma ocasional, dependiendo de la coyuntura o del estado de necesidad en que se encuentre momentáneamente el sujeto que las realiza. El que cada una de estas cuatro infracciones aisladamente consideradas no supere la cuantía mínima que separa el delito de la falta demuestra también la escasa relevancia o gravedad de las conductas. Sin embargo, la aplicación de una pena de prisión, que en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España no puede ser suspendida condicionalmente, ni sustituida por otra, salvo por su expulsión del territorio nacional, constituye una reacción punitiva desproporcionada y una forma de «criminalización de la pobreza» que raya en los límites de la vieja Ley de Vagos y Maleantes y de la no tan vieja Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que fue justamente derogada por el Código penal de 1995 por su incompatibilidad con el Estado de Derecho: ahora, en lugar de una peligrosidad sin delito como presupuesto de la aplicación de una medida,

se convierte la peligrosidad derivada de la realización por cuatro veces de hurtos de escasa gravedad en el plazo de un año en presupuesto de la aplicación de una pena de prisión. Por otra parte, la prueba de la realización de las cuatro faltas de hurto, que para evitar el *ne bis in idem* no pueden haber sido objeto ya de sanción en anteriores juicios, puede dificultarse cuando se hayan realizado en lugares distintos, incluso muy distanciados, o cuando los perjudicados ni siquiera los hayan denunciado, o cuando habiéndolo hecho no se personen el día del juicio como testigos (¿quién va a venir a testificar de Barcelona a Sevilla en un juicio en el que se acusa a alguien que le sustrajo el monedero con cincuenta euros?). El precepto, si se aplica con las garantías debidas y exigiendo la prueba fehaciente de las cuatro faltas de hurto, es de discutible utilidad práctica.

> La reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al elevar la cuantía a partir de la cual la falta de hurto se convierte en delito (400 euros), quedó redactada de forma que parecía había derogado el apartado 2 del art. 234 y con ello la conversión de las cuatro faltas dentro de un año en delito. Luego, por la vía de una «corrección de errores», se ha aclarado este absurdo jurídico, lo que no deja de ser, de todas formas, un procedimiento bastante recusable.

La pena y su determinación

El art. 234 establece la pena de prisión de seis a dieciocho meses para el tipo básico del delito de hurto, pero si concurre cualquiera de las circunstancias del art. 235 se aplicará la pena de prisión de uno a tres años.

El sistema de circunstancias agravantes específicas ha planteado la cuestión de si deben ser tratadas como simples factores de determinación de la pena y, por tanto, sometidas al régimen general fijado en el artículo 66 o si, por el contrario, conforman subtipos agravados con su correspondiente marco penal autónomo sobre el que operan las reglas generales de determinación de la pena.

Entiendo que la concurrencia de las circunstancias en el tipo básico conforma distintos *tipos cualificados* con su correspondiente marco penal. En ellos, como dicen Vives/ González Cussac (en Vives, Comentarios, p. 1146), se matiza el contenido del injusto del hurto en función de su especial gravedad atendiendo al objeto del delito o a la situación de la víctima. A ello hay que añadir que el actual sistema de hurtos cualificados por circunstancias específicas se establece para sustituir el viejo sistema de determinación por el valor de lo sustraído

Sistema de hurtos cualificados por circunstancias específicas

en el que, sin lugar a dudas, las cuantías determinaban diferentes marcos penales sobre los que operar en la determinación concreta de la pena. La jurisprudencia se inclina también por la consideración de subtipos agravados (con esta terminología STS 8 agosto 1986).

Las principales consecuencias que ello acarrea pueden sintetizarse, de acuerdo con García Arán (pp. 152 ss.), de la siguiente forma:

1º. Las circunstancias del art. 235 deben ser abarcadas por el dolo, de modo que sólo pueden imputarse a quienes las conocían y querían. Si ello no es así (por ejemplo, se desconoce la grave situación en que se deja a la víctima) se responderá sólo por el tipo básico, siempre que, naturalmente, se reúnan todos sus requisitos (art. 14,2).

2º. La determinación cualitativa de la pena en los casos de tentativa (art. 62) y de complicidad (art. 63) se llevará a cabo a partir del marco penal de las cualificaciones del artículo 235.

3º. Las circunstancias específicas del artículo 235, al utilizarse para decidir el marco penal agravado, no son compensables con las circunstancias atenuantes genéricas que eventualmente concurran.

4º. Cuando concurra más de una de las cualificaciones, sólo una de ellas se elige para apreciar el tipo cualificado y las otras pasan, si procede, a computarse como agravantes genéricas. En este caso, las circunstancias agravantes se ven sometidas al régimen del artículo 65 en cuanto a su comunicabilidad a los partícipes, es decir, si son objetivas se comunican a los partícipes que las conozcan y si son subjetivas, sólo afectan a aquéllos en quienes concurran (SSTS 29 marzo 1985 y 10 diciembre 1986).

En todo caso, estas cualificaciones sólo son aplicables a los hurtos de cuantía superior a 400 euros que, por ello, constituyen delito. La falta de hurto tiene asignada una pena de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses, teniendo su propio régimen de determinación de la pena (art. 623,1).

Las circunstancias del artículo 235 en concreto

En términos generales cabe señalar que, desde la reforma de 1983, en la determinación de la pena correspondiente al delito de hurto se procura tener en cuenta el desvalor objetivo incluyendo supuestos en los que, por ejemplo, la propiedad lesionada tiene especial protección (art. 235,1) o se incrementa el injusto, entendido como afectación al bien jurídico, por consideración a la situación económica de la víctima (art. 235,4). Sin embargo, esta beneficiosa superación del taxativo

sistema anterior se ha realizado a costa de la introducción de elementos valorativos que provocan algunos problemas interpretativos y amplían considerablemente el arbitrio judicial.

En todo caso, pese a que el artículo 235 sólo incluye cuatro apartados, en algunos de ellos se contiene más de una situación cualificante y, habida cuenta de que basta una de ellas para elevar la pena, hay que aceptar que el cumplimiento de dos incisos de un mismo apartado de este artículo puede suponer la concurrencia de dos circunstancias, una de ellas para determinar la cualificación y la otra a computar conforme al art. 66,1 como circunstancia agravante genérica (por ejemplo, colocar a la víctima en grave situación económica y actuar con abuso de las circunstancias personales de la víctima, incluidas en el apartado 4).

1º) Cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico

El artículo 46 de la Constitución estableció la obligatoriedad de que los poderes públicos garantizaran la conservación del patrimonio «histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad». Asimismo, y como mandato de política legislativa, ordenó la sanción penal de los atentados contra este patrimonio.

En la doctrina se discute si el valor histórico, cultural o artístico es un concepto normativo pendiente de valoración o, por el contrario, un concepto normativo ya valorado con arreglo a lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, reduciéndolo a los bienes declarados de interés cultural y, por ello, inventariados.

En mi opinión, si la cualificación que ahora analizamos es un desarrollo del artículo 46 de la Constitución, afecta a todos los bienes integrantes de tal patrimonio, como ese mismo precepto establece, «cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad». Que para dotar de contenido a tal concepto haya que acudir a la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 no obliga a reducirlo a los bienes inventariados, puesto que esa misma Ley establece en su artículo 1 que sólo deberán serlo los más relevantes (en el mismo sentido, Salinero Alonso, 1997, pp. 53 ss.).

2º) Cosas destinadas al servicio público o de primera necesidad

El hurto de las cosas destinadas al servicio público sólo se cualifica si produce un grave quebranto del servicio, y el de cosas de primera

necesidad, si produce desabastecimiento, conceptos de notable inconcreción cuya inclusión sólo puede entenderse con la finalidad de limitar el alcance de la cualificación a los casos de mayor lesividad. Sin embargo, es realmente difícil imaginar que mediante un hurto se produzca una situación de desabastecimiento. La doctrina reserva la cualificación de hurto de cosas destinadas al servicio público a los servicios prestados por la Administración (PÉREZ ALONSO, p. 391; y SORIANO SORIANO, 1993, p. 130).

3º) Especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos o a la producción de perjuicios de especial consideración

El abandono del sistema de cuantías no hizo olvidar, lógicamente, la distinta gravedad de los hurtos según el valor económico de los efectos sustraídos, dato al que se refiere esta circunstancia en su primer inciso, ofreciendo un terreno propicio al arbitrio judicial. De ahí que sea la jurisprudencia la que viene fijando desde 1983 las cuantías a partir de las cuales se estima esta circunstancia cualificadora (cfr. STS 27 enero 1987). En todo caso, es saludable que esta jurisprudencia fije las cantidades en términos aproximados y con ello eluda que, por la vía del automatismo jurisprudencial, se regrese al superado sistema de cuantías.

La referencia a los «perjuicios de especial consideración» como factor agravante del desvalor del resultado en estos delitos resulta contradictoria si se tiene en cuenta que el concepto de perjuicio, diferenciado del valor tasado del objeto del delito, es algo tradicionalmente perteneciente a la responsabilidad civil. El hecho de que en esta circunstancia se diferencie entre el perjuicio producido y el valor del efecto sustraído obliga a considerar al primero como un concepto más amplio que el segundo, inclusivo de otras lesiones patrimoniales no constitutivas de delito distinto y evaluables económicamente.

Puesto que el fundamento de la agravación radica en el incremento de la afectación al patrimonio, debe mantenerse respecto a este último el mismo concepto que en los restantes delitos del Título (por ejemplo, en la estafa) y por ello, extraer del perjuicio ocasionado el lucro cesante (en este sentido, GARCÍA ARÁN, p. 160). Tanto éste, como los posibles perjuicios morales, deben seguir siendo considerados como objeto de indemnización a evaluar en la correspondiente responsabilidad civil derivada del delito.

4º) Grave situación económica de la víctima o de su familia o abuso de las circunstancias personales de la víctima

La consideración de la situación económica de la víctima para graduar la entidad del ataque a su patrimonio constituye un criterio material de valoración del bien jurídico y su afectación que se aleja de la consideración de la propiedad o posesión como un valor absoluto, frente al que todos se encuentran en la misma posición, contemplándola en relación a la situación económica de su titular. Tal estimación de un bien jurídico como éste, atendiendo a las circunstancias del sujeto pasivo, debe ser saludada como beneficiosa.

En similar línea de consideración de la víctima se encuentra el segundo inciso de este apartado 4 del art. 235: la realización del hurto con abuso de las circunstancias personales de la víctima. Para interpretarlo hay que acudir al abuso de superioridad que menciona el art. 22,2ª como circunstancia agravante genérica, que si bien no coincide exactamente con esta cualificación del hurto, se refiere a situaciones similares de desequilibrio entre el sujeto activo y el pasivo, así como al aprovechamiento consciente por parte de aquél de esa situación o abuso de la misma (STS 26 septiembre 1986).

En el abuso de superioridad no es necesario interponer medios positivos que debiliten la defensa, sino que basta con aprovechar la posición de inferioridad de la víctima (por ej., minusvalía, ceguera, etc.), lo cual, en materia de circunstancias genéricas, sirve para la distinción respecto a la alevosía y, en este delito, ofrece un criterio para marcar la frontera respecto a la intimidación, en la que se utilizan medios expresos de coacción de la libertad que convierten la conducta en un delito de robo (QUINTERO, Comentarios, p. 1097; y BAJO II, p. 94).

Asimismo, esta interpretación de la cualificación del hurto permite incluir en ella situaciones en las que, mediante una intimidación implícita, se crea una situación de inferioridad psicológica de la víctima de la que el autor se aprovecha para la comisión del delito (véase *infra* capítulo XVII).

Circunstancias modificativas genéricas

Además de las cualificaciones previstas en el art. 235, cabe apreciar las *circunstancias modificativas* siguientes:

Entre las circunstancias modificativas *atenuantes* deben tenerse en cuenta la de arrepentimiento espontáneo (art. 21,4ª) y la de reparación

de daño (art. 21,5ª). Las situaciones de necesidad, hambre o frío pueden dar lugar a que funcione el estado de necesidad como eximente completa o incompleta (hurto famélico). El error de prohibición vencible, por ejemplo la creencia infundada en que se está legitimado para disponer de las cosas en común, atenúa la culpabilidad conforme al art. 14,3.

Entre las *agravantes* cabe apreciar el aprovechamiento de las circunstancias de lugar o tiempo. La agravante de abuso de confianza (art. 22,6ª) es también aplicable al delito de hurto cuando se dan las relaciones personales de convivencia, amistad, etc., que fundamentan su aplicación.

El «furtum possesionis»

Como ya antes se ha dicho, el art. 236 castiga con multa de tres a doce meses al que, «siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de 400 euros». Un precepto similar se encontraba en el anterior Código penal situado entre las estafas, pero ya la doctrina había destacado su íntima relación con el delito de hurto, en cuyo Capítulo venía siendo incluido desde el Proyecto de 1980 (véase MUÑOZ CONDE, 9ª ed., pp. 257 y 311). Sin embargo, frente al hurto propio tiene la particularidad de que el sujeto activo es el dueño de la cosa mueble (o alguien que actúa con su consentimiento). Ello demuestra que el bien jurídico protegido no puede ser la propiedad, sino la posesión legítima del que tiene la cosa mueble (normalmente el acreedor prendiario, usufructuario, depositario judicial, etc.).

La acción consiste en sustraer, pero no en recibir la cosa con engaño, porque entonces habría estafa. Tampoco es sustracción el encontrarse con la cosa. Si para la sustracción se emplea fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, sigue existiendo este delito y no el de robo, ya que no existe entre los robos un tipo delictivo similar a éste. Si se dan los correspondientes elementos típicos, sería sin embargo de preferente aplicación el delito previsto en el art. 455 (realización arbitraria del propio derecho, cfr. *infra* capítulo XL); pero tanto en uno como en otro caso, ello sería sin perjuicio del concurso a que pueda dar lugar el uso de fuerza en las cosas o de violencia o intimidación cuando sean constitutivos de otros delitos (allanamiento de morada, daños, lesiones, etc.).

El resultado es el perjuicio del legítimo poseedor o de un tercero, pero la calificación del hecho depende del valor de la cosa sustraída, constituyendo delito si excede de 400 euros y falta (art. 623,2) si no llega a esa cantidad.

ROBO

El robo ostenta en nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en otros Ordenamientos, una extensión desmesurada. La duplicidad entre robo con fuerza en las personas y robo con fuerza en las cosas es la que informa el art. 237:

> «Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas».

El propósito del legislador es, en principio, castigar más gravemente el robo con violencia o intimidación en las personas que el robo con fuerza en las cosas (cfr. arts. 240 y 242), y éste a su vez más gravemente que el hurto; sin embargo, el robo con fuerza en las cosas con la agravante de casa habitada (art. 241) puede castigarse con igual pena e incluso con mayor pena que algunos supuestos de robo con violencia o intimidación (cfr. art. 242,3), y los hurtos agravados con igual pena que el robo con fuerza en las cosas (cfr. arts. 235 y 240), aunque en los casos en los que concurran en un robo circunstancias agravantes del hurto, el robo se convierte también en cualificado (cfr. art. 241). Sin embargo, en un robo con violencia o intimidación las circunstancias agravantes del hurto o la de casa habitada del robo con fuerza en las cosas no podrán apreciarse, salvo que entren por la vía de las circunstancias agravantes genéricas o por el correspondiente concurso con el delito de allanamiento de morada (sobre la regulación anterior véase MUÑOZ CONDE, 9ª ed., pp. 247 ss.; sobre la configuración del robo en el Derecho histórico y comparado, MATA Y MARTÍN, 1995, pp. 31 ss.).

Elementos comunes con el hurto

El bien jurídico protegido tanto en el hurto como en los robos es la posesión (e indirectamente la propiedad) sobre los bienes muebles (en este sentido, también DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 32). El objeto material es la cosa mueble ajena y se exige también el elemento subjetivo del ánimo de lucro. También en la acción hay elementos comunes, el verbo usado por el legislador al definir el robo no es en esencia diferente al empleado en el hurto: apoderarse-tomar. La diferencia con el hurto estriba en el medio empleado para dicho apodera-

miento, pues el hurto se construye precisamente con la no concurrencia de fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas.

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Ya hemos visto que en el art. 237 se da una definición de robo con fuerza en las cosas y de robo con violencia o intimidación. Pero es en otros artículos donde hay que buscar los tipos de ambas categorías.

> Por lo que se refiere al robo con fuerza en las cosas dice el artículo 238: «Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
> 1º Escalamiento.
> 2º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.
> 3º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.
> 4º Uso de llaves falsas.
> 5º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda».

Como se desprende del texto del art. 238, el concepto gramatical de fuerza en las cosas no coincide con el jurídico. No todo empleo de fuerza en las cosas es robo, sino sólo el empleo de alguna de las circunstancias allí señaladas que *concurra en la ejecución del hecho.* Es necesario, por tanto, que se empleen como medios para la sustracción de la cosa mueble (una excepción a este principio se encuentra en el art. 238,3º, véase *infra*).

> La frecuencia estadística de comisión de este delito ha provocado una abundante jurisprudencia sobre el mismo que debe ser tenida en cuenta a la hora de interpretar los puntos más conflictivos de la normativa vigente, aunque esta jurisprudencia, por lo demás bastante reiterada, motivada más por razones político-criminales que dogmáticas, ha llegado a conclusiones dudosamente compatibles con el tenor literal posible de los términos legales. En el fondo de esta orientación jurisprudencial está la relativa mayor gravedad del robo con fuerza en las cosas frente al hurto, incluyendo en aquél los casos de apoderamiento más graves, que despiertan mayor alarma social (prevención general) o reflejan una especial habilidad del delincuente (prevención especial), aunque sea a costa de extender en demasía las circunstancias del art. 238. La doctrina más reciente (MATA Y MARTÍN, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DE VICENTE MARTÍNEZ) se inclina, en cambio, por una interpretación restrictiva de las mismas (véase *infra*).

Estudio de las distintas circunstancias recogidas en el art. 238

1ª) Escalamiento

No contiene el Código vigente una definición de lo que ha de entenderse por tal. En el Código de 1932 se daba una que, en principio, debe considerarse vigente como criterio interpretativo: «La entrada en el lugar del robo por una vía que no fuera la destinada al efecto». En la jurisprudencia, por las razones ya dichas anteriormente, se ha acogido esta interpretación al entender que la entrada a través de los barrotes de una verja o de una ventana abierta situada a ras del suelo constituye escalamiento (cfr., sin embargo, STS 20 marzo 1990). En la doctrina tradicional, RODRÍGUEZ DEVESA (p. 453) se mostraba partidario de una extensión mucho mayor, al estimar como robo con escalo el apoderamiento de bombillas del alumbrado público. Contra una tan amplia interpretación previno ya, con razón, QUINTANO (Curso II, p. 529), exigiendo, por lo menos, un acceso personal ilícito al lugar donde se hallan las cosas objeto de la sustracción. Así, por ejemplo, consideraba este autor que no había robo sino hurto en la sustracción de prendas o jamones con una cuerda o palo desde fuera del lugar donde se hallan. Esta interpretación parece más acorde no sólo con el sentido gramatical de la palabra escalamiento, sino con el sentido político-criminal que tiene esta agravación que no puede ser otro, como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1989, pp. 279 ss.), que un mayor contenido de injusto derivado de un mayor desvalor de la acción que vulnera las barreras defensivas de la propiedad. De todos modos, es irrelevante el lugar por donde se penetre en el local (huecos, ventanas, chimeneas) y el medio utilizado (escalera, cuerda, escalando, etc.). El escalamiento ha de constituir un medio para la sustracción, de tal modo que si se utiliza para salir después de sustraer la cosa no cabe hablar de robo con escalo; así se desprende además de la propia definición del art. 237, que habla de empleo de fuerza en las cosas «para acceder al lugar donde éstas se encuentran» (cfr. SSTS 19 diciembre 1974 y 23 mayo 1987; MATA Y MARTÍN, 1995, p. 259; DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 55).

2ª) Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana

Se trata de la llamada «fractura exterior» y, al igual que en el escalamiento, se requiere un *acceso* al interior de un lugar. Es indiferente que se trate de un edificio o de cualquier otro lugar cerrado (STS 15 abril 1957: vagón de ferrocarril; 21 mayo 1975: automóvil cerrado. En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1997, p. 92). Por fractura de puerta debe entenderse también la de la cerradura por frágil que ésta sea (SSTS 17 noviembre 1904 y 17 noviembre 1982) o la de cristales (STS 14 abril 1975: luna de un escaparate). En todo caso, igual que decíamos en relación con el escalamiento, es fundamental que la fractura sea el medio para la sustracción, por lo que no puede apreciarse cuando se utiliza para salir del lugar del robo (QUINTANO II, pp. 507 ss.). Los daños producidos se subsumen en el delito de robo, formando un delito complejo. Si la finalidad de la fractura de, por ejemplo, una puerta no es la de entrar en el local, sino la de apoderarse de ella, el hecho cometido no es robo, sino hurto.

3ª) Fractura de muebles, objetos cerrados o sus cerraduras, o descubrimiento de claves

Es la llamada «fractura interna» (QUINTANO II, pp. 509 ss.). Se supone en esta circunstancia que se ha entrado en el sitio donde se encuentran los objetos normalmente y que lo que se violenta es sólo la cosa mueble u objeto (armario, arca, etc.) en el que se hallan las cosas que el sujeto activo pretende sustraer. La apertura de sobres lacrados o precintados, si no requiere el empleo de fuerza, constituye hurto, siempre que, como se decía en la vieja STS de 2 de marzo de 1888, sea el medio idóneo y único para apoderarse de su contenido. Lo decisivo es el apoderamiento del contenido de los muebles u objetos fracturados por medios que no sean los normales. En el caso de forzamiento de cerraduras se incluye también el «descubrimiento de las claves» de las mismas, es decir, la apertura de los mecanismos de seguridad, sin forzamiento, sino obteniendo los números o códigos.

El último inciso de esta circunstancia: «para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo *o fuera del mismo*», recoge un supuesto de hurto que por motivos político-criminales ha sido asimilado por el legislador al robo con fuerza en las cosas (críticamente, MATA Y MARTÍN. 1995, pp. 293 ss.). De todas formas, el forzamiento de dichos objetos

debe llevarse a cabo para sustraer su contenido, lo que constituye un elemento subjetivo del injusto que justifica que aun cuando el apoderamiento del contenido no se lleve a cabo en el lugar del robo, sino posteriormente en otro sitio, exista ya una tentativa del delito de robo con la sustracción del objeto a forzar, y no hurto. El delito de robo se consumará, pues, en el momento en que el sujeto puede disponer del contenido (en este sentido GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 603; DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 62).

4ª) Uso de llaves falsas

En el art. 239 se define lo que hay que entender por llave falsa:

> «Se considerarán llaves falsas:
> 1º Las ganzúas u otros instrumentos análogos.
> 2º Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.
> 3º Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.
> A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia».

Como se deduce de esta definición, el concepto de llave falsa es funcional, bastando con que se utilice algún instrumento que sirva para abrir un cierre mecánico y que el que la usa no esté autorizado por el propietario para ello. La llave falsa se distingue de otros medios citados en el art. 238 en que no llega a romper el mecanismo de cierre. Entre las llaves falsas se cuentan las sustraídas, las extraviadas por su propietario y las indebidamente retenidas (cfr. STS 27 junio 1997, citada por DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 67). En los casos en los que las llaves se poseen legítimamente con autorización del dueño y se utilizan para apoderarse de dinero u otros objetos no se comete robo, sino hurto; si hay disponibilidad de la llave y de los objetos, puede existir apropiación indebida (QUINTANO, Curso II, p. 550; STS 26 diciembre 1974). La jurisprudencia rechaza la calificación de robo cuando la llave se halla en lugar visible y prácticamente a disposición de quien la toma (SSTS 3 marzo 1987 y 22 diciembre 1997).

> La obtención de una clave numérica se equipara en el art. 238,3º al forzamiento de las cerraduras; pero las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia se consideran en el párrafo último del art. 239 llaves y, por tanto, su utilización habrá que calificarla de

robo con fuerza en las cosas y no de estafa; así, por ej., el acceso a los cajeros automáticos utilizando un cartón plastificado (sobre la situación anterior al Código penal de 1995, cfr. ROMEO CASABONA, pp. 123 ss.; así como los trabajos de BACIGALUPO ZAPATER, CONDE PUMPIDO, y GIL MARTÍNEZ, en VARIOS, 1989; DE LA MATA BARRANCO, 1989; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1985/ 1986; y SORIANO SORIANO). Estas circunstancias no deben ser aplicadas, sin embargo, cuando el sujeto tenga disponibilidad de la clave y de la tarjeta, debiendo estimarse en este caso hurto y no robo (cfr. BOLEA BARDÓN/ ROBLES PLANAS, en VARIOS, 2002, pp. 47 ss.).

5ª) Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda

La necesidad de cubrir lagunas de punibilidad que podrían derivarse para algunos casos merecedores de la calificación de robo, pero no subsumibles en los supuestos anteriores, ha hecho incluir expresamente este supuesto en el Código penal de 1995, que materialmente apenas se diferencia de los supuestos de «fractura» o de uso de llaves falsas. En realidad, se trata igual que en ellos de acceder a la posesión de alguna cosa mueble custodiada con sistemas específicos de alarma, inutilizando dichos sistemas. Lo mismo puede ser la alarma de un vehículo de motor, que la utilizada para custodiar los cuadros de un museo o bloquear las puertas de algún edificio, que los sistemas electrónicos de detección, video-puertas, etc.; no así los llamados *offendicula* (trampas, armas que se disparan automáticamente al entrar el ladrón, vallas electrificadas, perros adiestrados, etc.), en cuanto suponen una defensa activa de la propiedad incidiendo sobre el sujeto que va a cometer el robo. Echar a unos perros guardianes un somnífero no entraría, por tanto, en este apartado, ni tampoco en los anteriores, aunque el hecho podría constituir robo si, por ejemplo, para entrar en el lugar cerrado hace falta además escalar, forzar la cerradura, etc. (cfr. MATA Y MARTÍN, 1995, p. 276). La circunstancia 5ª queda, por tanto, reducida a los sistemas de alarma estáticos, que no agreden la integridad de los que pretenden sobrepasarlos. Su inutilización equivale al rompimiento, fractura o forzamiento de otros sistemas de custodia más tradicionales, como las puertas, los armarios o las cerraduras.

La Consulta núm. 13/1997, de 14 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, considera que la eliminación de un dispositivo de alarma incorporado a un objeto para que suene al pasar por el control, no se realiza realmente para conseguir la sustracción del objeto, sino para evitar su descubrimiento, por lo que no debe calificarse de robo, sino de hurto (véanse DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 75; STS 25 junio 1999 y comentario de ÍÑIGO CORROZA, en VARIOS, 2002, pp. 67 ss.).

Formas imperfectas de ejecución

Respecto a la consumación en el robo con fuerza en las cosas, la jurisprudencia aplica la tesis mantenida en el hurto. Habrá tentativa cuando no se logra coger o asir las cosas muebles ajenas, a pesar de tender la conducta exteriormente a tal finalidad, o cuando hay un apoderamiento efectivo pero sin disponibilidad material de los objetos; habrá consumación cuando hay aprehensión, posesión y posibilidad de disposición, aunque sea potencial (SSTS 15 noviembre y 18 diciembre 1972, 10 mayo 1973, 20 enero 1975, 13 junio 1985, 4 marzo 1987 y 10 octubre 1997; DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, pp. 84 ss.).

Participación

En esta materia el Tribunal Supremo venía aplicando desde hace tiempo una doctrina según la cual todos los intervinientes en un delito de robo responden como coautores del robo si hubo *concierto previo*, aunque no intervinieran después en la ejecución del robo. Más recientemente ha abandonado esta postura y la ha sustituido por la del *dominio funcional* de cada uno de los intervinientes en el hecho (cfr. STS 7 noviembre 1997). Ciertamente, esta postura se adapta mejor a las particularidades del robo realizado por una banda en la que cada uno de sus miembros realiza una parte del plan previamente diseñado, aunque algunos de ellos no realicen actos ejecutivos ni de la sustracción en sí misma, ni de ninguna de las circunstancias cualificadoras del robo y se limiten a tareas de vigilancia o transporte. A pesar de ello se califica muchas veces la conducta del que vigila, mientras otros realizan el hecho, como complicidad, atendiéndose a la contribución material de cada cual (véanse SSTS 15 octubre 1974 y 8 marzo 1975). Cuando se emplean vehículos móviles para facilitar la huida, la conducta del conductor se suele calificar de cooperación necesaria (STS 12 mayo 1986).

Como dispone el art. 269 en el delito de robo son punibles la provocación, la conspiración y la proposición para delinquir.

Concurso

El delito de robo con fuerza en las cosas subsume normalmente el de daños y el allanamiento de morada (concurriendo en este último caso la agravación específica de casa habitada del art. 241); pero si,

por ejemplo, se desiste voluntariamente de cometer el robo una vez que se han consumado los daños o el allanamiento de morada, se puede castigar por estos delitos, destruyéndose el complejo (*tentativa cualificada*). En los casos de pluralidad de sustracciones animada por el mismo propósito de lucro, el Tribunal Supremo ha estimado también en el robo con fuerza en las cosas la tesis del *delito continuado* (SSTS 12 mayo 1975 y 19 diciembre 1986).

Penas

En el sistema de punición del robo se prescinde del valor de la cosa sustraída, pues, a diferencia de lo que sucede en el hurto, no existe aquí la correspondiente falta, aunque sí puede tenerse en cuenta para apreciar el tipo cualificado del art. 235,3, al que se remite expresamente el art. 241. El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado, por tanto, conforme dispone el art. 240, con la pena de prisión de uno a tres años.

Cualificaciones

Al robo con fuerza en las cosas le son aplicables las *cualificaciones previstas en el art. 235* (véase *supra*: hurto), y además la específica de cometerse en casa habitada, edificio o local abiertos al público, en cuyo caso, según el art. 241,1, se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años.

Especial consideración de la cualificación de casa habitada, edificio o local abiertos al público, o de sus dependencias

El art. 241,2 da el siguiente concepto de casa habitada:

> «Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar». Y en el apartado 3 del mismo artículo se dice: «Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física».

La intimidad domiciliaria es ya de por sí un bien jurídico cuya lesión constituye el delito de allanamiento de morada (cfr. *supra* capítulo X y arts. 202 y ss.). Sin embargo, en relación con el robo con fuerza en las cosas y dado que entre las formas de realización del mismo está el acceso al lugar en que se encuentran las cosas, mediante escalamiento, fractura de puertas, etc., y que estando la casa «habitada» hay el peligro de que para consumar el apoderamiento se tenga que emplear violencia o intimidación con las personas que en ese momento habiten la casa, se considera que de ser cometido en casa habitada, éste debe ser castigado mucho más gravemente que el tipo básico, constituyendo ya de por sí un tipo cualificado.

Respecto al concepto de *casa habitada*, el art. 241,2 no exige la actualidad en el uso de la misma en el momento en que se realice el robo. Este requisito no debe entenderse, sin embargo, de forma muy amplia, pues ello llevaría a aplicar la cualificación incluso en casos de casas claramente deshabitadas. Problemáticos son a este respecto los chalets y residencias veraniegas fuera de temporada, que son casas vacías, pero potencialmente habitables en cualquier momento (fines de semana, domingos, etc.). La jurisprudencia ha hecho una interpretación extensiva en base a que el precepto habla también de casa habitada, aunque «accidentalmente» se encuentren fuera los moradores, y ha considerado que en estos casos siempre es aplicable la cualificación, dándole al concepto de casa habitada una extensión desmesurada, sobre todo si se tiene en cuenta que también se comprenden en él las dependencias de la misma (cfr. STS 8 mayo 1998). Ello desborda, a mi juicio, el sentido literal posible de este concepto y conduce a la analogía *in malam partem*. Lo verdaderamente grave es que las personas que habitan la casa se encuentren en ella en el momento del robo (por ej., durmiendo) o puedan venir o regresar en cualquier momento. De no ser así, todo lo más podría aplicarse la agravante genérica 2ª del art. 22. Tampoco puede aplicarse esta cualificación si el sujeto tiene acceso a la casa, bien porque trabaja dentro de ella, bien porque ha sido encargado por el propietario para que riegue las plantas, recoja el correo, etc. (cfr. art. 22,6ª; Borja Jiménez; Vidal Andreu).

Por *edificio o local abiertos al público* debe entenderse el que estuviere dedicado a cualquier servicio oficial, civil o militar, del Estado, Comunidades Autónomas, provincia o municipio. La razón de la agravación radica en la mayor protección que requieren los edificios y lugares donde se ejercita la función pública (Ayuntamientos, Palacios de Justicia), aunque la jurisprudencia ha considerado también como tales aquéllos en los que se realizan funciones sociales importantes: colegios, estaciones, etc. Con la actual redacción pueden incluirse

también en esta cualificación los locales privados (por ej., un restaurante) mientras estén abiertos al público, lo que, desde luego, supone dar una amplitud desmesurada a esta agravación. La Junta General de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en acuerdo de 22 de mayo de 1997, ha propuesto una interpretación, seguida por la jurisprudencia posterior, que restringe la aplicación de esta agravación a las horas de apertura, es decir, cuando dentro se hallan personas, por el riesgo que se presenta para las personas que se encuentran en el local (véanse ROGUÉS VALLÉS, 1997, pp. 449 ss., y en VARIOS, pp. 31 ss.; y DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, pp. 131 ss.).

Circunstancias modificativas genéricas

Respecto a las agravantes se discute si es aplicable al robo con fuerza en las cosas la agravante genérica de abuso de confianza. La jurisprudencia, a partir de la STS de 22 de junio de 1964, se inclinó por la afirmativa, aunque precisamente el hecho de que se tenga que emplear la fuerza en las cosas indica que no existe la relación de confianza que debe existir entre el propietario y el sujeto activo para fundamentar esa agravante (cfr. STS 13 noviembre 1974).

CAPÍTULO XVII

Robo con violencia o intimidación en las personas. Extorsión

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BACIGALUPO ZAPATER, *¿Robo con intimidación violenta fingida?*, PJ 1987; BAJO FERNÁNDEZ, *Problemas concursales entre los delitos de robo, coacciones, amenazas condicionales y realización arbitraria del propio derecho*, RDP 1976; BOIX REIG, *La consumación anticipada en el robo con violencia o intimidación*, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; CLIMENT DURÁN, *Las jeringuillas como instrumento peligroso para cometer el delito de robo*, RGD 1991; CORTÉS CAMACHO, *La agravante por uso de armas en el delito complejo de robo*, AP 1995; CHIRINOS RIVERA, *El delito de robo con toma de rehenes*, PJ 1987; GALLEGO DÍAZ, *El art. 512 del Código penal*, ADP 1987; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966; GONZÁLEZ GARCÍA, *Asociación para cometer el delito de robo*, RGLJ 1947; LUZÓN PEÑA, *Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales*, EPC 1986/1987; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *El delito de robo con homicidio*, Barcelona 1988; el mismo, *El delito de extorsión*, CPC 1991; MARTÍNEZ VAL, *El art. 512 del Código penal*, RGD 1958; MONER MUÑOZ, *EL delito de robo con violación*, en Delitos contra la propiedad, CDJ 1995; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Presente y proyecto del delito de extorsión*, La Ley 1982; OLESA MUÑIDO, *La cuadrilla como unidad delincuente*, ADP 1957; PAZ RUBIO, *Robo con toma de rehenes*, en Delitos contra la propiedad, CDJ 1995; RODRÍGUEZ DEVESA, *Contribución al estudio del robo con homicidio*, ADP 1958; RODRÍGUEZ RAMOS/ LÓPEZ BARJA, *El robo con toma de rehenes*, La Ley 1990; RUIZ ANTÓN, *Los robos con violencia o intimidación en las personas*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; el mismo, *Robo acompañado de lesiones (art. 501, párrs. 2.º, 3.º y 4.º)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Los robos con violencia o intimidación en las personas*, Madrid 1993; SUÁREZ MONTES, *Observaciones a la penalidad del robo con homicidio en la reforma de 1983*, La Ley 1983; TORÍO LÓPEZ, *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*, ADP 1970; el mismo, *La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio*, EPC 1982/1983.

Sobre el Código penal de 1995: ÁLVAREZ GARCÍA, *Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el artículo 242*, La Ley 1997; BRANDARIZ GARCÍA, *El tipo cualificado del robo con violencia o intimidación en las personas*, RDPP 2003; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas*, AP 1997; el mismo, *Cambio de criterio jurisprudencial: De la interpretación literal a la actual interpretación jurisprudencial del párrafo 3º del art. 242 del Código penal*, Revista

Jurídica de Castilla-La Mancha 1999; el mismo, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas: interpretación y aplicación jurisprudencial*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; el mismo, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Valencia 2001; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de extorsión*, La Ley 1997; DURÁN SECO, *Reflexiones sobre la coautoría en los supuestos del tirón. A propósito de la STS de 8 de julio de 1998 (A 5816)*, RDPC 2000; FERNÁNDEZ APARICIO, *Comentario al artículo 245, párrafo 2º del Código penal*, La Ley 1997; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta nº 10/1997, 29 de octubre, robos con violencia o intimidación perpetrados en morada*, AP 1997; JAREÑO LEAL, *El uso de armas en las lesiones y en el robo y el principio «non bis in idem»*, La Ley 2001; MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, *Robo con violencia o intimidación. Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación*, RMF 1997; MUÑOZ CLARES, *El robo con violencia o intimidación*, Valencia 2003; MUÑOZ CUESTA (coord.), *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona 1998; ROBLEDO VILLAR, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código penal*, Barcelona 1997; RODRÍGUEZ RAMOS, *Los nuevos delitos de robo*, La Ley 1996; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Robo violento o intimidatorio de «menor entidad» con «medios peligrosos»: ¿una contradicción?*, RDPC 2000; el mismo, *Consideraciones sobre el delito de robo violento con medios peligrosos que causan lesiones*, La Ley 2001; SOTO NIETO, *Robo con violencia o intimidación. Facultad de reducción de la pena reconocida en el art. 242.3 del Código penal*, La Ley 1998; VARIOS, *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Silva Sánchez (dir.), Madrid 2002.

ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

El robo con violencia o intimidación en las personas se sanciona en el art. 242, aunque se incluye en la definición general de robo que da el art. 237. En esta modalidad de robo existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos. Además de la posesión-propiedad contraída a los bienes muebles, con la realización de un robo con violencia o intimidación se pueden atacar bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física o la vida. Pero frente a la regulación tradicional que convertía todos los ataques a los diversos bienes jurídicos en un solo delito de robo con homicidio, robo con lesiones, robo con toma de rehenes e incluso de robo con violación, el nuevo Código penal opta por una configuración autónoma del robo con violencia o intimidación, sin perjuicio de que los delitos contra otros bienes jurídicos a que puede dar lugar la violencia sean castigados conforme a las reglas del concurso. Esto supone un «giro copernicano» de la

regulación anterior, que iba fundamentalmente dirigida a una agravación de esta modalidad de robo frente a cualquier otro delito patrimonial o incluso contra la vida, a una visión más técnica de este tipo de delincuencia, que puede ser también correctamente configurada conforme a patrones más acordes con los principios básicos del Derecho penal, sin que por ello tenga que ser sancionada más levemente en relación con otros delitos menos graves y que inciden menos en el sentimiento de inseguridad ciudadana y alarma social que normalmente produce el robo con violencia o intimidación.

Esto no significa, sin embargo, que se haya simplificado la configuración típica de este delito hasta el punto de que pueda decirse que basta con la presencia de la violencia o intimidación para convertir el apoderamiento de una cosa mueble ajena en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, pues igual que ya decíamos respecto al delito de robo con fuerza en las cosas, también en esta modalidad de robo es necesario que la violencia o intimidación concurra en la ejecución del hecho del apoderamiento como medio para la realización del mismo. Igual que en la redacción anterior, el robo con violencia o intimidación sigue siendo, por tanto, un *delito complejo*, es decir, un delito integrado por varias acciones que a su vez pueden constituir varios delitos, independientemente de que luego se castiguen por separado conforme a las reglas concursales, o de que sean absorbidos en la propia penalidad del robo por su inherencia al mismo y su escasa gravedad autónoma (en este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, p. 4). En el robo con violencia o intimidación estos componentes deben estar tan indisolublemente vinculados con el apoderamiento que formen un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo.

Lo más importante de este delito es, pues, en el ámbito subjetivo el «ánimo de lucro», es decir, el ánimo de enriquecimiento *patrimonial*, y lo *accesorio*, no en el sentido de menos importante, sino de instrumental para la consecución de dicho ánimo, la violencia o intimidación. De ahí que cuando lo principal sea la violencia o intimidación y posteriormente sobrevenga un apoderamiento (por ej., el sujeto, después de haber agredido sexualmente o haber golpeado en el curso de una discusión a una mujer, le quita el bolso), sea preferible la tesis del concurso entre dichos delitos y el de hurto, a la del robo con violencia. Si llegan a producirse las lesiones es cuando entran en juego las reglas del concurso que puede ser real o ideal-medial, según las particularidades que presente el caso concreto.

Tipo objetivo

En la medida en que el robo con violencia o intimidación es también un delito patrimonial consistente en un apoderamiento, es preciso que en él se dé una acción calificable como tal y que ésta recaiga sobre una cosa mueble ajena, elementos comunes, por tanto, con el hurto y con el robo con fuerza en las cosas, que ya han sido analizados en el capítulo anterior, al que nos remitimos. Sin embargo, en el tipo objetivo el elemento específico del robo con violencia o intimidación es, precisamente, la concurrencia de alguno de estos elementos como medio para conseguir ese apoderamiento. De ahí la especial importancia del estudio tanto de estos elementos, como de su relación específica con el apoderamiento.

Concepto de violencia y de intimidación

En el art. 237 se habla de violencia o intimidación, refiriéndose, en principio, a la clásica distinción entre *vis absoluta* y *vis compulsiva*.

La *violencia* puede realizarse sobre la persona del sujeto pasivo del delito o sobre cualquier otra, aunque en este caso constituirá para el sujeto pasivo de la sustracción sólo intimidación. Por lo que respecta al nivel cuantitativo que debe alcanzar la violencia para considerar el apoderamiento robo, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la fuerza física que haya que desplegar, etc. Casos como los de apoderamiento de un bolso por el procedimiento del «tirón», o el simple tirón aprovechándose del descuido de la víctima, deben calificarse como hurto, pero si además se forcejea con ella o se le propina un puñetazo, se le arranca del cuello una cadena, un pendiente insertado en el lóbulo, etc., el hecho se debe calificar como robo, sobre todo cuando además concurren en su ejecución varias personas (cfr. STS 8 julio 1997 y comentario de Durán Seco, pp. 440 ss.). De todas formas, la violencia ha de tener una cierta intensidad que lleve aparejada cierta eficacia sobre el sujeto pasivo, debiendo ser distinta la intensidad requerida para quebrantar el ánimo de un niño o un anciano que para quebrantar el de otras personas.

La *intimidación* constituye el sucedáneo psicológico de la violencia física. En realidad, no es más que una amenaza encaminada a viciar la libre decisión de la voluntad del sujeto pasivo, lo que obliga a una referencia al posible concurso con otras conductas tipificadas en el Código, sobre todo con las amenazas condicionales lucrativas del art. 169,1º. El criterio más acertado para su diferenciación es el de atender al momento en que se exige la *entrega de la cosa*, ya que en las amenazas ésta es futura (por ej., «te mataré si mañana no me entregas 200 euros»), mientras que por el contrario en el robo se exige la entrega inmediata, por ejemplo, la clásica forma de «la bolsa o la vida». La intimidación, al igual que la violencia, ha de ser efectiva y con la suficiente intensidad para doblegar, en el caso concreto, la voluntad del sujeto pasivo.

La intimidación, en principio, es puramente subjetiva, es decir, basta con que en el caso concreto incida en la voluntad de la víctima y que además ésta haya sido la intención del sujeto activo. La peligrosidad objetiva del medio empleado carece de relevancia, y así puede ser intimidación el uso de pistolas de juguete o detonadoras. Aunque, desde luego, en estos casos no se puede aplicar la cualificación de uso de armas del apartado 2 del art. 242, puesto que ésta hace referencia al verdadero uso de armas en cuanto tienen de peligro objetivo. Hay veces en que puede hablarse de *intimidación implícita*, en las que sin intimidarse realmente, al estar el sujeto activo en una posición de privilegio con respecto al sujeto pasivo, puede éste sentirse intimidado por dicho sujeto que se aprovecha de la situación para exigir la entrega de alguna cantidad dineraria, objeto, etc. (Quintano, Curso II, p. 376). En este sentido puede entenderse el art. 534,1,2º, cuando considera que debe castigarse además por el delito correspondiente a la apropiación, al funcionario que durante un registro ilegal sustrajere o se apropiare de los papeles o efectos registrados, aunque estos supuestos encajan también en el tipo cualificado de hurto con abuso de las circunstancias personales de la víctima (art. 235,4), dependiendo su calificación del grado que alcance la actitud intimidatoria del funcionario o autoridad.

> Si la violencia o intimidación no es de gran entidad, el apartado 3 del art. 242 dispone la atenuación en un grado de la pena prevista en el apartado 1 del mismo artículo.

La relación típica de la violencia o intimidación con el apoderamiento

El empleo de la violencia o intimidación debe ser un medio para conseguir o asegurar el apoderamiento. Por tanto, si éste se ha consumado ya y posteriormente, con motivo de una discusión entre la víctima y el ladrón que cometió, por ejemplo, un hurto, éste la mata,

habrá hurto en concurso con asesinato u homicidio. Pero en tanto el apoderamiento no se haya consumado, cabe que lo que simplemente era un hurto se transforme en robo con violencia, si se emplea ésta en cualquier momento de la fase ejecutiva previa a la consumación del apoderamiento (cfr. SSTS 6 octubre 1978 y 26 septiembre 1986). Por eso, en los casos de huida del carterista después de haber cometido un hurto, éste se puede convertir todavía en robo con violencia si el carterista hace uso de un arma matando a uno de sus perseguidores; e igualmente, si en un robo con escalamiento en casa habitada el dueño de la casa sorprende al ladrón y en el forcejeo éste dispara contra él, el hecho se transforma automáticamente en robo con violencia, pues el apoderamiento aún no se había consumado, entendiendo por tal la disponibilidad de la cosa mueble y no su simple apoderamiento. De ahí que el apartado 2 del art. 242 imponga la pena en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios peligrosos que llevare, «sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren», momentos en los que el delito de apoderamiento originario (hurto, robo con fuerza en las cosas) aún no se ha consumado. Se puede decir, por tanto, que para dar lugar a un robo con violencia o intimidación en las personas no es preciso que la violencia o intimidación se emplee en el momento de la sustracción, sino que basta con que esté presente (en la relación de medio a fin ya descrita) en cualquier momento previo a la consumación del delito (en el mismo sentido Brandáriz García, p. 103, y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en Varios, p. 113. En contra Muñoz Clares, p. 219, y STS 23 marzo 1998, si bien refiriéndose al tipo básico y no al art. 242,2: forcejeo con un vigilante para huir llevándose las cosas previamente hurtadas).

Tipo subjetivo

En el robo con violencia o intimidación, además del «ánimo de lucro», debe darse el dolo respecto a la propia violencia o intimidación utilizada para su realización, independientemente de que, por ejemplo, la violencia ejercida dé lugar después a la comisión de un delito, doloso o imprudente, de lesiones o de homicidio, con los que entrará en concurso (ideal, según Álvarez García, p. 5).

Tentativa y consumación

Cabe la tentativa cuando el apoderamiento patrimonial no se ha consumado, aunque se haya empleado la violencia o intimidación y ésta haya dado lugar a un homicidio o a un delito de lesiones, que entrarán en concurso con el robo en grado de tentativa. La consumación del robo con violencia o intimidación requiere, pues, igual que en el hurto o robo con fuerza en las cosas, el apoderamiento de la cosa mueble ajena y su disponibilidad.

Concurso

La intimidación, que por sí sola constituye un delito de amenazas o de coacciones, es inherente al delito de robo, de forma que no puede castigarse independientemente de él. No sucede lo mismo, sin embargo, con la violencia, ya que ésta, cuando es de cierta entidad, puede dar lugar a resultados lesivos constitutivos de delitos de lesiones u homicidio, que entrarán en concurso con el delito de robo. También cuando la intimidación da lugar a un delito contra la libertad distinto a la simple amenaza o coacción (por ej., unas detenciones ilegales) habrá el correspondiente concurso. Ésta es la principal diferencia entre la nueva regulación y la regulación anterior, en la que estos delitos formaban uno complejo con el robo, lo que planteaba especiales problemas interpretativos de difícil solución. Ahora, conforme al apartado 1 del art. 242, se castiga el robo con violencia o intimidación en su tipo básico con la pena de prisión de dos a cinco años, «sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase», y aunque el precepto se refiere exclusivamente a los actos de violencia física, no hay por qué excluir de las reglas generales del concurso otros delitos que puedan derivarse del empleo de la intimidación (detenciones ilegales y secuestros, agresiones sexuales, etc.).

Circunstancias

Respecto a las circunstancias agravantes, plantea especiales problemas la alevosía. De la definición legal de alevosía que da el número 1 del art. 22 se deduce que esta circunstancia sólo es aplicable en los «delitos contra las personas», pero no hay ningún inconveniente en considerar que los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico que se regulan en el Título XIII, y entre los que se

incluyen los robos, son delitos contra las personas a los que es aplicable esta agravante, ya que sobre todo en el robo la realización del delito puede llevarse a cabo de la forma alevosa que se describe en la circunstancia 1ª del art. 22.

Cualificación por uso de armas u otros medios peligrosos

En el apartado 2 del art. 242 se dispone que la pena del tipo básico (dos a cinco años de prisión) se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros medios peligrosos que llevare, bien para cometer el delito o proteger la huida, bien para atacar a los que auxilien a la víctima o a los que le persiguieren. Por «arma» entiende el Tribunal Supremo la de fuego, las navajas, cuchillos, estoques, hoces, martillos, jeringuilla infectada de SIDA, etc. Por «medio peligroso», una piedra de gran volumen, un ladrillo, una botella, etc.

La jurisprudencia considera como uso de arma en el caso de arma de fuego no sólo el disparo, sino también la exhibición o utilización intimidante (STS 29 abril 1996). Pero al entender por arma la real y no la simulada, parece que no debería apreciarse la cualificación cuando la finalidad de la exhibición sea puramente intimidatoria (en este sentido De Vicente Martínez, 1997, p. 361). Este tipo cualificado se aplica también a los partícipes que conozcan que otros la usan (SSTS 30 diciembre 1981 y 27 octubre 1984). Un sector doctrinal considera, sin embargo, que no debe apreciarse esta agravación en caso de homicidio o lesiones, por ser de algún modo inherente a la forma de comisión de estos resultados. Ello podría tener sentido con la regulación del robo con violencia o intimidación del anterior Código penal, pero no ahora, ya que precisamente es el uso de armas lo que hace más probable la producción del resultado lesivo, aparte naturalmente de asegurar la ejecución del robo, por lo que independientemente del concurso a que puede dar lugar la producción del resultado lesivo y la propia tenencia ilícita del arma, parece lógico que la pena del robo mismo sea agravada (en contra Jareño Leal y Brandáriz García; a favor Sánchez-Ostiz Gutiérrez en Varios, p. 171, pero considerando que, caso de que se produzcan lesiones, éstas se castigarían por el tipo básico y no por el cualificado del art. 148,1º. A favor de la cualificación en ambos delitos, STS 18 febrero 2000). La jurisprudencia no aplica esta cualificación cuando el sujeto hace uso del arma o instrumento peligroso que no lleva previamente, sino que coge en el mismo lugar del robo (cfr. Pleno de la Sala 2ª del TS, 21 febrero 2001; críticamente Muñoz Clares, pp. 338 ss., y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en Varios, pp. 177 ss. A favor del criterio jurisprudencial, Brandáriz García, p. 214). Por otro lado, como ya se ha dicho *supra* el empleo de un arma simulada puede ser suficiente para apreciar intimidación y, por tanto, robo, pero no puede dar lugar a la aplicación de este tipo cualificado.

Las circunstancias cualificantes del hurto (art. 235) y del robo con fuerza en las cosas (art. 241) sólo son aplicables en el robo con violencia o intimidación en la medida en que constituyan delitos autónomos por la vía del concurso de delitos (por ej., allanamiento de morada), o como agravantes genéricas (por ejemplo, la de abuso de superioridad).

Por otro lado, y como dispone el art. 269, en el robo son punibles la proposición, la provocación y la conspiración para delinquir.

Atenuación de la pena

El apartado 3 del art. 242 dispone que «en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo». El precepto está pensado para casos límites, como por ejemplo, el apoderamiento de un bolso por el procedimiento del «tirón», en los que siempre se discute la diferencia entre el hurto y el robo; pero la disposición es superflua, porque con la calificación de hurto agravado del art. 235,4 puede conseguirse el mismo efecto atenuatorio. La atenuación puede ser aplicable también en el tipo cualificado de uso de armas (SSTS 9 marzo 1998 y 2 octubre 1999; en contra Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 2000, pp. 407 ss.).

EXTORSIÓN

En el Capítulo III del Título XIII, bajo la rúbrica «De la extorsión», el art. 243 castiga con la pena de prisión de uno a cinco años al que, «con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero».

En el anterior Código penal el delito de extorsión se regulaba, por una parte, de un modo más amplio, pues incluía también la modalidad de robo documental («entregar una escritura») y, por otra, de un modo más reducido, al limitarla a los casos de suscripción u otorgamiento de

escritura o documento. Sin embargo, ya la STS de 16 de febrero de 1988 consideró que había extorsión cuando se obligaba a un empleado de Banco a ordenar una transferencia por teléfono. Esta posibilidad entra ahora claramente en el art. 243, por cuanto además el perjuicio patrimonial puede ser para otro.

En la actual regulación se requiere además el ánimo de lucro, mientras que antes se hablaba de «para defraudar», lo que limitaba la extorsión a este tipo de supuestos. El «ánimo de lucro» debe entenderse ahora de un modo más amplio, como un ánimo de lucro antijurídico o ilícito (STS 5 diciembre 1965), es decir, como el propósito de procurarse un beneficio patrimonial al que no se tiene derecho, sea defraudando a un tercero o consiguiendo el beneficio directamente. Si lo que se pretende es cobrar una cantidad o conseguir lo que ya era debido, habrá una realización arbitraria del propio derecho (art. 455). La diferencia entre estos dos delitos y la extorsión radica precisamente en el ánimo de lucro, ya que la acción: «obligare con violencia o intimidación», es prácticamente la misma que en dichos delitos y plantea los mismos problemas (véase STS 30 abril 1974).

El delito se consuma, sin embargo, cuando la víctima realiza u omite un acto o negocio jurídico que le perjudica a ella o a un tercero, aunque el sujeto activo no consiga el lucro pretendido.

Las diferencias entre extorsión y robo con violencia o intimidación

Como ya observaba Octavio de Toledo respecto a la regulación anterior de la extorsión, mucho más parecida a la del robo que la actual, «el tratamiento de la extorsión como variante del robo no debe llevar a ignorar, sin embargo, las sustanciales diferencias que existen entre ambos delitos». Prácticamente en lo único que coinciden, y aun en esto la cuestión es discutida, es en la forma comisiva de la acción: violencia o intimidación. En todos los demás elementos difieren notablemente ambos delitos. Así, por ej., es necesario en la extorsión un acto de disposición patrimonial por parte del extorsionado que no es preciso en el robo; y en la extorsión el ataque patrimonial puede recaer tanto sobre el patrimonio mobiliario, como sobre el inmobiliario; mientras que en el robo sólo puede afectar a cosas muebles. El que la extorsión pueda recaer también sobre un documento, haciendo, por ej., que el sujeto suscriba una escritura, no excluye la anterior afirmación, ya que, en definitiva, el documento tiene relevancia patrimonial en tanto incorpora un derecho y éste puede recaer tanto sobre una cosa mueble como inmueble. Ahora bien, en los casos en los que se obliga al extorsionado no a suscribir u otorgar una escritura pública o documento, sino a «entregar» la escritura pública o documento, se puede hablar con mayor propiedad de «robo documental» (la entrega es consecuencia de la aplicación de la violencia o intimidación) y realmente constituye un robo con violencia o intimidación (en este sentido, respecto a la anterior regulación, Octavio de Toledo y Martínez González, 1991; esta calificación es mucho más clara en el Código penal de 1995, que no menciona como modalidad de la extorsión la entrega de un documento).

Concurso

De todo ello se deduce que la extorsión propiamente dicha es aquélla en la que se obliga a alguien, mediante violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico de carácter patrimonial (por ej., suscribir u otorgar una escritura pública o documento, modificar un testamento, etc.) y que si el negocio jurídico no tiene este carácter (por ej., contraer matrimonio) o simplemente es nulo (por exigir una prestación imposible), deberá castigarse por el atentado a la libertad de voluntad sin más (amenazas o coacciones), aunque también podría estimarse, si la intención del sujeto activo coincide con el tipo subjetivo de la extorsión, una tentativa del delito de extorsión. En todo caso, es evidente que el delito se consuma cuando se produce la realización u omisión del acto o negocio jurídico por parte del extorsionado. Pero, conforme se dice en el último inciso del art. 243, si la violencia da lugar a la producción de un resultado letal o lesivo, habrá que aplicar las reglas generales del concurso de delitos («sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados»). A la misma solución hay que llegar también si la intimidación da lugar a un delito de detenciones ilegales o de agresión sexual (por ej., se secuestra a una persona para obligarle a firmar una escritura de compraventa).

En el delito de extorsión no es aplicable la cualificación por uso de armas o de instrumentos peligrosos prevista en el art. 242,2 para el delito de robo.

Son punibles, por otro lado, la proposición, la provocación y la conspiración para cometer extorsión (art. 269).

CAPÍTULO XVIII

Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALONSO PRIETO, *Acotaciones a la ley 39/1974 de 28 de noviembre, sobre modificaciones del Código penal,* RDCir. 1975; BELTRÁN BALLESTER, *Otra opinión sobre el art. 516 bis del Código penal*, ADP 1981; DE VICENTE REMESAL, *La falta de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno (artículo 587,1.º del Código Penal),* ADP 1990; el mismo, *Utilización ilegítima de vehículos de motor,* Pamplona 1994; DÍAZ PALOS, *El hurto de uso de vehículos de motor*, RDCir. 1965; FERNÁNDEZ ALBOR, *Robo y hurto de uso de vehículos de motor,* RDCir. 1970; FONTÁN TIRADO, *La utilización ilegítima de vehículo de motor y la progresión delictiva. Estudio jurisprudencial,* RDPC 1994; JOSHI JUBERT, *Robo con toma de rehenes, utilización ilegítima de vehículo de motor y detenciones ilegales*, ADP 1992; LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona 1990; PÉREZ DE GREGORIO, *El ciclomotor como objeto material del delito de utilización ilegítima de vehículo de motor,* La Ley 1991; RODRÍGUEZ DEVESA, *Hurto de uso,* NEJ XI, 1963; RODRÍGUEZ PADRÓN, *La utilización ilegítima de vehículos de motor,* en Delitos contra la propiedad, CDJ 1995; RODRÍGUEZ RAMOS, *Consideraciones sobre la reforma del art. 516 del Código penal,* RGLJ 1974; SERRANO GÓMEZ, *Sustracción de vehículos en España,* Madrid 1970; el mismo, *Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos,* ADP 1975; el mismo, *Utilización indebida de vehículos en el Proyecto de Código penal,* Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED 1981; SOTO NIETO, *La excusa absolutoria y el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor,* La Ley 1985; SUÁREZ MONTES, *Robo y hurto de uso de vehículos de motor,* RGLJ 1970; el mismo, *Modificaciones introducidas en el delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor por la Ley 39/1974, de 28 de noviembre sobre la reforma del Código penal,* Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo 1975; VIVES ANTÓN, *El contenido sustancial del robo y hurto de uso de vehículos de motor,* en Delitos contra la seguridad del tráfico, Valencia 1975; ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio,* Madrid 1988.

Sobre el Código penal de 1995: BLANCO LOZANO, *Robo y hurto de uso de vehículos*, CPC 2003; MUÑOZ CUESTA (coord.), *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona 1998; SOTO NIETO, *Robo y hurto de uso de vehículos de motor. Su relación con el robo y hurto comunes*, La Ley 1996.

Sobre usurpación, véase *infra*.

ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS

El Capítulo IV del Título XIII tipifica en el art. 244 el «robo y hurto de uso de vehículos».

Una cuestión previa importante para la interpretación de este tipo delictivo es la determinación de su *bien jurídico protegido*. Si se estima que lo que se protege en él es el derecho de uso o utilización que tiene el propietario sobre el vehículo de motor, podrá cometerse este delito tanto por el que se apodera del vehículo para usarlo, como por el que poseyéndolo legítimamente (chófer, mecánico, etc.) hace un uso del vehículo distinto de aquél para el que había sido autorizado por el propietario. Si, por el contrario, se estima que lo que se protege es la posesión, sólo podrá cometerse este delito si no se es poseedor del vehículo. En definitiva, lo que anda en juego en esta cuestión es la posibilidad de subsumir en este delito la llamada «apropiación indebida de uso de vehículo de motor», es decir, la posibilidad de incriminar por este delito, ya que no se puede hacer por el art. 252, hechos como el uso del vehículo por parte del arrendatario que lo usa más del tiempo pactado, del chófer que contraviniendo las órdenes del dueño utiliza el vehículo en las horas libres de servicio o del mecánico o propietario del garaje que utiliza el vehículo allí depositado para fines privados.

La discusión doctrinal sobre la regulación anterior se había resuelto claramente en la redacción originaria del art. 244,1 del Código penal de 1995 en favor de la consideración de este delito, al igual que los delitos de robo y hurto que le sirven de base, como un delito contra la posesión, e indirectamente contra la propiedad y, por tanto, sólo podía cometerlo el que no se encontraba previamente en posesión legítima. En consecuencia, era necesario que se realizara una acción calificable objetivamente de hurto o robo, ya que la descripción de la acción típica que se hacía en el art. 244,1 («sustrajere») suponía la previa no posesión del vehículo. Sin embargo, la reforma de 25 de noviembre de 2003 ha equiparado expresamente a la sustracción la utilización «sin la debida autorización», incluyendo por tanto en el tipo casos como los ya mencionados del propietario de un garaje que utiliza el vehículo allí guardado para fines privados o el del chófer que usa sin autorización el vehículo fuera de las horas de servicio (sobre la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 14ª ed.).

En el art. 244 se pueden distinguir un tipo básico y varias cualificaciones.

a) Tipo básico (hurto de uso o utilización indebida)

> Dice así el apartado primero del art. 244: «El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo».

Elemento objetivo

La acción consiste en sustraer el vehículo o utilizarlo sin la debida autorización, siendo indiferente que lo conduzca el mismo que lo ha sustraído o un tercero, por lo que ambos pueden considerarse sujetos activos del delito o coautores (en este sentido la jurisprudencia dominante, SSTS 14 abril 1975 y 25 septiembre 1986).

Objeto material sobre el que recae la acción de sustraer es el «vehículo a motor o ciclomotor ajenos». En la doctrina se entiende por tal todo vehículo de tracción mecánica, sea cual sea la energía empleada y la forma de aprovecharla para conseguir su desplazamiento. El problema que anteriormente se planteaba en torno a la conceptuación de los *ciclomotores* ha sido resuelta, igual que en los delitos contra la seguridad del tráfico, mencionándolos expresamente en el tipo.

Elemento subjetivo

En el art. 244,1 se exige expresamente que el vehículo se sustrajere «*sin ánimo de apropiárselo*». De esta forma se configura el elemento subjetivo de una manera negativa, consistente en la ausencia de voluntad de apropiación; pero, al mismo tiempo, la rúbrica del Capítulo IV habla de «robo y hurto de *uso*», lo que explica que se exija que se use el vehículo, en el sentido no ya de usarlo efectivamente (puede que se guarde en un garaje), sino de uso potencial, una vez que se tiene la posesión y la disponibilidad efectivas del vehículo. De este modo se distingue este delito de los anteriores delitos de apoderamiento en que no existe ánimo de apropiarse de la cosa, sino meramente de usarla o utilizarla, aunque tenga con ellos en común el que previo a su uso sea necesaria su sustracción.

b) Tipos cualificados

1) Fuerza en las cosas (robo de uso)

En el apartado segundo del art. 244 se dispone que si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior. El concepto de fuerza en las cosas es, como ya se ha visto anteriormente, un concepto normativo que hay que buscar en el art. 238, por tanto, la concurrencia de alguna de las circunstancias allí enumeradas en el apoderamiento del vehículo constituye esta cualificación (la jurisprudencia considera «llave falsa» la puesta en marcha del vehículo mediante dispositivos no destinados al efecto, STS 23 enero 1982). Esta cualificación, igual que la del apartado tercero, no es aplicable en el caso de «utilización indebida».

2) No restitución dentro de las cuarenta y ocho horas

> El apartado 3 del art. 244 dice así: «De no efectuarse la restitución en el plazo señalado (cuarenta y ocho horas), se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos».

El hecho de que no se restituya el vehículo dentro de las cuarenta y ocho horas no implica siempre un ánimo de apropiación. La situación no cambia esencialmente por el hecho de haber restituido el vehículo a las cuarenta y nueve o a las cincuenta y cinco horas después de su sustracción; sin embargo el legislador, por razones de política criminal y por las dificultades probatorias que puede tener basar la distinción entre este delito y los de hurto y robo comunes en el elemento subjetivo, ha establecido un baremo objetivo, conforme al cual convierte en hurto o robo común el hurto o robo de uso cuando ha transcurrido el plazo señalado, sin necesidad de demostrar el ánimo de apropiación. La decisión puede ser criticable en teoría, pero explicable por razones prácticas.

La «restitución» del vehículo supone su devolución al propietario del mismo. Por restitución «directa» debe entenderse la devolución al propietario personalmente, comunicándole su situación por escrito, mediante un telegrama, por teléfono, etc. La «indirecta» es la restitución dejando el vehículo en el lugar donde se encontraba o en otro lugar en el que pueda fácilmente ser encontrado por el propietario. El abandono puede ser incluido en la restitución indirecta.

Tiene, sin embargo, razón ZUGALDÍA ESPINAR (p. 200) cuando dice que lo que realmente agrava la responsabilidad es la persistencia en la custodia y en el uso del vehículo sustraído por más de veinticuatro horas (ahora cuarenta y ocho), equiparando a la restitución indirecta todo tipo de abandono antes de que transcurra el plazo señalado y la recuperación del vehículo porque, por ejemplo, el sujeto es detenido por la policía antes de transcurrir cuarenta y ocho horas de su sustracción, siempre naturalmente que no haya verdadero ánimo de apropiación. En todo caso, si la restitución se lleva a cabo después de las cuarenta y ocho horas puede apreciarse la atenuante 5ª del art. 21 en la determinación de la pena del hurto o robo común.

> La STS de 4 de diciembre de 1987 indica, no obstante, con acierto que «no es lo mismo un abandono temporalmente cercano y en lugar próximo que una renuncia abdicativa producida meses después y en lugar distante. *Definitiva apropiación es algo menos que perpetuidad, pero más que prolongación del uso*».
>
> En definitiva, un uso tan prolongado que dura varios meses difícilmente puede considerarse como un simple robo o hurto de uso. Las diferencias entre ánimo de apropiación y ánimo de uso tienen que objetivarse de alguna manera a los efectos probatorios.

3) Empleo de violencia o intimidación

El apartado 4 del art. 244 dispone que si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación se impondrán las penas previstas en el art. 242. También aquí se trata de una decisión político-criminal, pues se impone la pena correspondiente al delito de robo con violencia o intimidación desde el mismo momento en que se empleare la violencia o intimidación, aunque la sustracción del vehículo sólo sea para usarlo menos de cuarenta y ocho horas.

Penalidad

Según se dispone en el apartado 1 del art. 244, en ningún caso la pena impuesta puede ser igual o superior a la que correspondería si se apropiara definitivamente del vehículo.

Si el vehículo vale menos de 400 euros su sustracción o utilización sin autorización sin ánimo de apropiación se castiga como falta, salvo que se realizara con violencia o intimidación (art. 623,3).

Al respecto hay que tener en cuenta, sin embargo, que la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, añade un párrafo

segundo al art. 244,1: «Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623,3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

Las reservas ya formuladas contra el precepto similar introducido por la misma reforma en relación con el hurto común (cfr. *supra* capítulo XVI) son reproducibles aquí. Incluso en este caso la escasa relevancia del valor de los vehículos sustraídos, ya que para superar el montante de los 400 euros que separan la falta del delito tienen que ser cuatro o más los vehículos sustraídos en el trascurso de un año, y la ausencia del ánimo de apropiación definitiva, hacen aún más recusable esta conversión automática de la falta en un delito. De nuevo aparece aquí la sombra de un «Derecho penal de autor» dirigido contra determinados segmentos de la población marginal, principalmente juvenil, a la que, en todo caso, cuando es menor de dieciocho años, o ni siquiera llega a los catorce, no le es aplicable la pena prevista en este precepto agravatorio.

USURPACIÓN

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BAZA DE LA FUENTE, *El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código penal de 1992 y 1994*, CPC 1995; FERNÁNDEZ ALBOR, *La supresión del delito de usurpación en el Derecho penal español. Una predicción fallida*, en Estudios jurídicos. Homenaje al Profesor Alfonso Otero, Santiago de Compostela 1981; HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid 1980; SALOM ESCRIVÁ, *Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales*, RGD 1986.

Sobre el Código penal de 1995: BAUCELLS LLADÓS, *La ocupación de inmuebles en el Código penal de 1995*, Valencia 1997; BLANCO LOZANO, *El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código penal de 1995*, RDPC 1996; FERNÁNDEZ APARICIO, *Comentarios al art. 245, párrafo 2º*, La Ley 1997; MANZANARES SAMANIEGO, *La llamada usurpación pacífica: artículo 245.2 del Código penal*, AP 1997.

Con el nombre de usurpación se recogen en el Capítulo V del Título XIII cuatro figuras delictivas distintas: la del art. 245,1, referida a la ocupación de un inmueble o a la usurpación de un derecho real inmobiliario con violencia o intimidación; la del art. 245,2, ocupación pacífica de inmueble que no constituya morada; la del art. 246, alteración de términos o lindes de pueblos o heredades; y la del art. 247, distracción del curso de las aguas.

Para HUERTA TOCILDO (p. 74) la usurpación no es sino una forma de ataque contra el patrimonio inmobiliario, por lo que el bien jurídico protegido es el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendiéndolo como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre las mismas.

a) Ocupación y usurpación violentas

> El art. 245,1 castiga con la pena de multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado, «al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena».

Tipo objetivo

La acción consiste en *ocupar* (una cosa inmueble) o en *usurpar* (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en un caso como en otro se requiere una apropiación y una coetánea desposesión del inmueble o derecho real. El resultado exige, además de la ocupación o usurpación efectivas, que reporte una *utilidad* y se cause un daño, en función de lo cual se determina la pena de multa a aplicar, «además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas».

La acción requiere para su tipificación la realización de violencia o intimidación en las personas. Los términos violencia o intimidación deben entenderse igual que en el delito de robo con violencia o intimidación (véase *supra* capítulo XVII). La usurpación empleando fuerza en las cosas (rompiendo la cerca o alambrada que rodea la finca, violentando la cerradura, etc.) constituye otro delito (art. 245,2). La usurpación es, por tanto, también un delito complejo en el mismo sentido que se entiende en relación al robo; por consiguiente, las violencias ejercidas pueden castigarse por las reglas del concurso de delitos si son constitutivas de otros delitos (lesiones, homicidio, etc.; cfr. SSTS 27 abril y 4 octubre 1982).

Objeto material sobre el que recae la acción es el inmueble o el derecho real inmobiliario. Según la terminología jurídica civil, los derechos reales sobre inmuebles son también cosas inmuebles (art. 334,10 Cc), pero sobre ellos, al ser derechos de tipo ideal, sólo puede recaer la acción de usurpar. Del concepto de inmueble del art. 245 Cp hay que excluir todos aquellos objetos enumerados en el art. 334 del

Código civil que pueden ser transportados y cuya apropiación constituye un hurto o robo (frutos, estatuas, etc.).

Sujeto activo sólo puede serlo el no propietario o no titular de los inmuebles o derechos reales. La turbación de la posesión legítima por parte del propietario no está, por tanto, comprendida en este delito, aunque pueda constituir otro de coacciones (art. 172) o de realización arbitraria del propio derecho (art. 455).

La cuestión de la ajenidad es una cuestión civil, que debe ser resuelta por el Tribunal penal como *cuestión prejudicial* del delito de usurpación cuando los derechos de propiedad sobre un inmueble u otro derecho real «aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión» (art. 6 LECrim.). En estos casos el Tribunal penal deberá atenerse a las reglas del Derecho civil (art. 7 LECrim.), pero es absolutamente soberano en su decisión, sin estar vinculado a las decisiones de otros Tribunales, y sin que su decisión vincule tampoco a otros efectos que a los del delito en cuestión (STS 1 julio 1959). De este modo pueden darse resoluciones contradictorias entre los Tribunales civiles y penales sobre el mismo asunto difícilmente evitables, y explicables en atención a la diversa finalidad de la actuación jurisdiccional en uno y otro terreno (véanse QUINTANO, Curso II, pp. 990 ss.; y HUERTA TOCILDO, pp. 62 ss.).

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo. El sujeto debe querer, además de realizar la usurpación, procurarse una utilidad o provecho económico.

b) Ocupación pacífica

De acuerdo con el art. 245,1, sólo es punible como usurpación la ocupación de inmuebles realizada por medio de violencia o intimidación en las personas. Fuera de este precepto quedan, pues, las ocupaciones en las que no se emplean tales medios, es decir, las *ocupaciones pacíficas*. Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo ha introducido en el nuevo Código penal el delito de ocupación pacífica, sin autorización debida, de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o el mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular.

En la regulación anterior este hecho no estaba expresamente tipificado, y difícilmente era reconducible a otros tipos de delitos como

las coacciones o amenazas, ya que, por definición, si la ocupación es pacífica faltan estos elementos; o al allanamiento de morada, porque precisamente se parte de que los inmuebles ocupados no lo son (casas deshabitadas, fincas, etc.). El legislador ha querido cubrir esta laguna tipificando expresamente el supuesto de la «ocupación» como tal (que realizan los que en el lenguaje coloquial se llaman «okupas» y constituyen un movimiento contestatario bastante extendido en algunas ciudades), pero también las «ocupaciones» más simbólicas que reales de fincas rústicas. A la ocupación se equipara el mantenerse ilícitamente en el inmueble cuando se ha entrado correctamente en él, como tipo alternativo. Esta criminalización no tiene en cuenta, sin embargo, que ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares por la vía penal (en este sentido, BAUCELLS LLADÓS; PÉREZ MANZANO, en Compendio, p. 433; con reservas, VIVES/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES, Comentarios, p. 1207, que de todas formas advierten del posible juego del estado de necesidad; de la misma opinión QUINTERO OLIVARES, Comentarios, p. 1125; a favor de su incriminación, sin embargo, MANZANARES SAMANIEGO, p. 908). Por otra parte, la «ocupación» de una finca de manera puramente simbólica, al aire libre y poniendo una bandera o un cartel con las reivindicaciones de los ocupantes, no debería considerarse incluida en este apartado.

c) Alteración de términos o lindes

> El art. 246 castiga con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros, y el art. 624,1 con multa de diez a treinta días si la utilidad no excede de 400 euros o no es estimable (en este caso, siempre que medie denuncia del perjudicado): al que «alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado».

La alteración se refiere a la remoción de los términos o lindes, destruyéndolos, arrancándolos, derribándolos, etc., dejando inseguro el límite de la heredad cuyo término señalaban o haciendo imposible su determinación. La alteración puede ser llevada a cabo de las más variadas formas.

La alteración puede referirse tanto a fincas rústicas como urbanas, ya que el tenor literal legal no se opone a ello, aunque se debe tener en cuenta la dificultad de su realización en la finca urbana, pues ésta tiene unos límites más estrictos e inconfundibles (STS 7 diciembre 1981: derribando un muro con una pala).

En la alteración de términos o lindes, si la utilidad no alcanza los 400 euros existe la falta del art. 624,1; pero si es superior a esa cantidad la utilidad que el sujeto pretendía, no es necesario que ésta se produzca («pretendida») para que el delito se consume.

d) Distracción del curso de las aguas

El art. 247 se refiere a la distracción de aguas. Hay que advertir que ésta debe realizarse sin valerse de la instalación de mecanismos o de la alteración de contadores, pues entonces se cometería una de las defraudaciones del fluido eléctrico y *análogas* previstas en el art. 255 (cfr. STS 6 marzo 1972). El art. 247 se limita, pues, a la desviación de las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial. Tratándose de aguas comunales, según alguna decisión jurisprudencial, no existe un delito de usurpación (STS 5 octubre 1949; QUINTANO, Curso II, pp. 1022 ss.; y HUERTA TOCILDO, p. 176).

Tanto este delito, como el anterior son delitos de enriquecimiento, y si la intención del sujeto activo no es la de procurarse un provecho existirá un delito de daños.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido en el art. 624,2 una falta que castiga los actos contemplados en el art. 247 si la utilidad reportada no excede de 400 euros.

Si las alteraciones o usurpaciones se hicieran documentalmente, puede darse un concurso entre estos delitos y un delito de falsedades.

CAPÍTULO XIX

B) Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones del fluido eléctrico y análogas

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ANTÓN ONECA, *Estafa*, NEJ IX, 1958; ASÚA BATARRITA, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin*, ADP 1993; el mismo, *Estafa común y fraude de subvenciones*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; BACIGALUPO ZAPATER, *Estafa y abuso de crédito*, La Ley 1983; el mismo, *Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados*, PJ núm. especial IX, 1989; BAJO FERNÁNDEZ, *Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de «letras vacías» o no comerciales*, ADP 1977; el mismo, *Cláusulas contractuales abusivas que conducen por propia voluntad de la víctima a facilitar estafas atípicas*, RDP 1977; el mismo, *La llamada letra de colusión y el delito de estafa*, RDP 1978; el mismo, *El delito de estafa*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado*, ADP 1964; CANDIL JIMÉNEZ, *En torno al «furtum possessionis»*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; CASTIÑEIRA/ CORCOY/ SILVA, *La reforma del art. 531 del Código penal*, La Ley 1985; CEREZO MIR, *La estafa procesal*, ADP 1966; CERVELLÓ DONDERIS, *Algunas cuestiones sobre la delimitación de la estafa*, RGD 1991; DE LA MATA BARRANCO, *Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa*, PJ 1994; DEL ROSAL, *Comentarios a la STS 18 enero 1961*, ADP 1961; ELGUERO Y MERINO, *La estafa de seguro*, Madrid 1988; FERRER SAMA, *Estafa procesal*, ADP 1966; GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, ADP 1985; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores, protección penal*, Madrid 1986; el mismo, *Aproximación al tratamiento de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, RFDUC monográfico 12, 1986; GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid 1991; HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid 1980; LANDROVE DÍAZ, *Los fraudes colectivos*, Barcelona 1978; LORCA MARTÍNEZ, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid 1990; el mismo, *El carácter pluriofensivo de la estafa del art. 531 del Código penal*, AP 1993; MAPELLI, E., *El uso ilícito de transporte*, ADP 1985; MARTOS NÚÑEZ, *Polizonaje*, NEJ XIX, 1989; MUÑOZ CONDE, *Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines*, CPC 1977; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 2ª ed., Madrid 1974; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid

1995; REIVES SEVA, *La estafa de polizonaje*, AP 1994; RIVACOBA Y RIVACOBA, *El delito de contrato simulado*, Madrid 1992; ROMÁN PUERTA, *Las tarjetas de crédito en el campo penal*, PJ núm. especial IX, 1989; ROMEO CASABONA, *La utilización abusiva de tarjetas de crédito*, AP 1987; el mismo, *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1988; el mismo, *Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos*, PJ núm especial IX, 1989; ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires 1986; SAINZ CANTERO, *El delito masa*, ADP 1971; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa*, CPC 1993; SERRANO PIEDECASAS, *La estafa en el contrato de seguro*, Barcelona 1991; SILVA SÁNCHEZ, *La estafa de seguro*, CPC 1987; el mismo, *El derecho penal bancario en España*, AP 1994; SUÁREZ MONTES, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, EPC 1985/1986; el mismo, *Estafa a través de cheque en el Proyecto de 1994*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid 1996; TORÍO LÓPEZ, *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal*, EPC 1980/1981; el mismo, *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; VALLE MUÑIZ, *Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa*, ADP 1986; el mismo, *El delito de estafa: delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona 1987; el mismo, *Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa*, RJCat. 1988; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, PJ número especial IX, 1989; VARIOS, *Falsedades y defraudaciones*, PJ número especial XVI, 1990; VILA MAYO, *Consideraciones acerca del engaño en la estafa*, La Ley 1984.

Sobre el Código penal de 1995: BACIGALUPO ZAPATER, *Simulación de negocio jurídico y falsedad documental*, La Ley 1998; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, Valencia 1997; CHOCLÁN MONTALVO, *Intrusismo con ánimo de lucro y estafa*, AP 1996; el mismo, *Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática*, AP 1997; el mismo, *El delito de estafa*, Barcelona 2000; FERNÁNDEZ APARICIO, *El fraude inmobiliario: las urbanizaciones privadas*, PJ 2000; FERNÁNDEZ GARCÍA/ LÓPEZ MORENO, *La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código penal de 1995*, PJ 1997; GALÁN MUÑOZ, *Fraude informático*, Valencia 2004; el mismo, *El nuevo delito del artículo 248.3 Cp: ¿un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal del patrimonio?*, La Ley 2004; GALLARDO RUEDA, *Delincuencia informática: la nueva criminalidad de fin de siglo*, CPC 1998; GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia 2002; LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251 del Código penal de 1995*, Pamplona 1997; MAGRO SERVET, *Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferenciador?*, La Ley 2001; MANZANARES SAMANIEGO, *Estafa inmobiliaria y figuras afines*, AP 1998; MATA Y MARTÍN, *Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. El caso de la estafa informática*, en Documentos penales y criminológicos 2001; el mismo, *Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen*, AP 2003; NAVARRO CARDOSO, *Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores*, PJ 1998; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia 1998; ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia 2001; PASTOR MUÑOZ, *El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid 2003; el mismo, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid 2004; PASTOR ZAPATER, *Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997*, RDPC 2000; PÉREZ ALONSO, *La estafa de seguro*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; PÉREZ DEL VALLE, *El engaño omisivo en la estafa*, CPC 1996; QUINTERO OLIVARES, *Mito y racionalidad en el delito de estafa (apuntes sobre el significado práctico de la antijuricidad)*, RDPP 2000; ROBLES PLANAS, *Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid 2003; SUÁREZ MONTES, *Estafa mediante cheque en el Código penal de 1995*, ADP 1995; TRUJILLO CALVO, *El pacto de favor: la letra de colusión en el ámbito del Código penal*, La Ley 1997; VARIOS, *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, CDJ 2002; VARONA GÓMEZ, *Estafa y falsedad en títulos-valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Navarra 2002.

Sobre apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico, véase *infra*.

B) DEFRAUDACIONES

La clásica definición de Cicerón «*Duobus modis fit iniuria, aut vi aut fraude*», también tiene reflejo en la clasificación de las infracciones patrimoniales. Hasta ahora se han estudiado los delitos patrimoniales llamados aquí de «apoderamiento», porque en ellos la modalidad de acción consiste en una conducta visible en el mundo exterior de injerencia en el patrimonio ajeno. Ahora trataremos de otros delitos contra el patrimonio realizados también con idénticos propósitos de apoderamiento de bienes ajenos, pero en los que la modalidad de la acción del sujeto activo es más bien de tipo ideal, caracterizada por el empleo del fraude, del engaño.

En el Capítulo VI del Título XIII se recogen, bajo la denominación de «De las defraudaciones», una serie de delitos que en mayor o menor grado responden a las características de este segundo grupo ya señalado. En ellos lo fundamental es el engaño, bien ocupando el papel rector de la acción, como ocurre en la estafa (Sección 1ª), o bien siendo algo derivado de la acción y no esencial a ella, como ocurre en la apropiación indebida (Sección 2ª). También se incluyen en este capítulo las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas, que se

tipifican en la Sección 3ª de este Capítulo VI. Las insolvencias punibles, aunque se regulen en un Capítulo independiente, el Capítulo VII, responden en buena parte a la estructura de las defraudaciones, si bien el engaño no ocupa en ellas el papel rector que desempeña en la estafa.

En todos estos delitos el bien jurídico protegido tiene primordialmente un carácter patrimonial, pudiéndoseles considerar, por tanto, como delitos contra el patrimonio, si bien, al mismo tiempo, pueden tener una relevancia socioeconómica que los aproxima a algunos delitos contra el orden socioeconómico, con los que tienen gran parentesco (véase *infra*, por ej., delitos societarios, capítulo XXIII). De todos modos, ya hemos dicho antes que en muchos casos no existe una tajante separación entre el orden patrimonial y el socioeconómico, y que la adscripción a uno u otro grupo se hace más bien en función de la propia regulación legal que por razones de carácter material.

Empezaremos por estudiar los delitos que más se adecuan al significado de la denominación usada por el legislador en la rúbrica de todo el Capítulo VI, que son los tipificados en la Sección 1ª bajo el nombre «De las estafas».

ESTAFA

Consideraciones generales

En el Código penal se dedica la Sección 1ª del Capítulo VI del Título XIII a «las estafas», es decir, a una serie de hechos que tienen como denominador común el que se produce un perjuicio patrimonial mediante una conducta engañosa. A través de esta característica común, el engaño, la doctrina ha ido elaborando un concepto genérico de estafa capaz de acoger las diversas formas de aparición de ésta, aunque después alguna de ellas en su tipicidad concreta presente alguna particularidad que se estudiará en su momento.

Bien jurídico protegido común a todas las modalidades de estafa es el patrimonio ajeno en cualquiera de sus elementos integrantes, bienes muebles o inmuebles, derechos, etc., que pueden constituir el objeto material del delito. Esto no quiere decir, como entiende algún sector de la doctrina, que en la estafa sea el patrimonio como un todo el bien jurídico protegido, sino solamente que, salvo en alguna modalidad típica concreta, la estafa puede incidir en cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio al que ya hemos aludido anteriormente (véase *supra* capítulo XV). Al mismo tiempo, la estafa lesiona la buena fe o

las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico. Normalmente se espera que se cumplan las obligaciones contraídas y que si, por ejemplo, se compra un kilo de pan sea efectivamente un kilo y, además, de pan. Pero si la sustancia o cantidad del objeto comprado no corresponde a lo pactado, se frustra una legítima expectativa que debe ser protegida de algún modo, para asegurar y garantizar un normal tráfico económico. Ahora bien, aunque la finalidad político-criminal perseguida con la tipificación del delito de estafa sea ésta, el delito como tal se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual. Este contenido patrimonial de la estafa no debe ser olvidado para no castigar indebidamente hechos que frustran expectativas de comportamiento en el tráfico jurídico económico, pero que no producen perjuicios económicos para nadie en concreto.

> De todos modos, el tráfico comercial masivo característico de la sociedad de consumo pone de relieve que, por encima de los aspectos patrimoniales individuales, los derechos de los consumidores tienen también un significado social de mayor trascendencia, incluso, que el puramente patrimonial individual. A este aspecto social alude el art. 51 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a la defensa de los consumidores y usuarios y a proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Ciertamente es un derecho de difícil conceptuación jurídica, pero que no se identifica con los intereses exclusivamente patrimoniales individuales. Quien compra un producto corriente en el mercado (detergente, aceite, refresco, cadena musical) tiene una expectativa legítima de que el producto ofrezca las prestaciones y calidades que se mencionan en la publicidad de los mismos o en las etiquetas de los envases, que son, más o menos, los que se predican de otros productos similares que con otras marcas se ofrecen, igualmente, en el mercado. Si luego el producto no ofrece estas prestaciones (el detergente no lava tan blanco, la cabeza de la cassette se rompe o ésta deja de sonar bien al poco tiempo), hay una frustración de los intereses de los consumidores en general, más allá del interés patrimonial del consumidor individualmente afectado. Sin embargo, la lesión de este derecho económico-social carece de protección directa a través del delito de estafa cuando no se traduce en un perjuicio patrimonial efectivo relevante, ni siquiera a través de la tentativa, porque lo importante no es tanto el perjuicio patrimonial individualizado (normalmente de escasa cuantía o difícilmente cuantificable), como el perjuicio a los intereses de los consumidores en general, un bien jurídico de carácter socioeconómico que ahora se protege en el art. 282 a través del delito publicitario (véase *infra* capítulo XXII).

Teoría general de la estafa

El apartado 1 del art. 248 define la estafa del siguiente modo: «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante

para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

Esta definición corresponde al concepto tradicional de estafa que, ya antes de su inclusión en el anterior Código penal en la reforma de 1983, había adoptado la doctrina y la jurisprudencia a partir del excelente trabajo de ANTÓN ONECA de 1958.

De esta definición se deducen los distintos elementos esenciales para la existencia de la estafa: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. Entre engaño y perjuicio debe mediar una relación de causalidad de tal manera que el engaño sea el motivo o causa del perjuicio. Si falta esta relación no existe estafa.

El fraude informático. Aunque el esquema expuesto es referible a la mayoría de las estafas, hay que tener en cuenta que el art. 248,2 considera también reos de estafa a «los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero». En realidad, como dice GALÁN MUÑOZ (Valencia 2004), aquí no hay verdaderamente una estafa, pues no se engaña a una persona («otro») para que realice una disposición patrimonial, pero sí existe un cierto fraude que permite un enriquecimiento. Constituiría este delito, por ejemplo, la conducta del *hacker* que se introduce mediante su ordenador en el de un Banco y ordena una transferencia a su favor o consigue modificar el programa de dicho Banco para que se transfieran los decimales de todas las operaciones que se realicen en él a una determinada cuenta a su nombre (sobre la estafa informática y la situación anterior a su tipificación, véase GUTIÉRREZ FRANCÉS; y sobre la postura jurisprudencial, RUIZ VADILLO, en VARIOS, 1990; y CHOCLÁN MONTALVO, 1997).

La reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, añade un apartado 3 al art. 248: «La misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo» (cfr. también arts. 270 y 400). Este adelantamiento de la punición a conductas que, vistas desde el punto de vista patrimonial, no suponen más que simples actos preparatorios, se explica dada la importancia de los medios informáticos en el tráfico económico en general como una protección penal reforzada que se otorga al sistema informático, que se constituye así en una especie de bien jurídico colectivo. Parece, sin embargo, excesivo que se castigue con la misma pena que la estafa consumada (para más detalles véase GALÁN MUÑOZ, La Ley 2004, quien se inclina por considerarlo un delito de peligro abstracto que puede entrar en concurso con los delitos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 248).

Tipo objetivo

– El primer elemento hace referencia a la acción del sujeto activo, es decir, a la *conducta engañosa*. Ésta consiste «en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas» (ANTÓN ONECA, p. 61). Puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos. Ejemplo de lo primero: la atribución de influencia que no se tiene o de bienes inexistentes; de lo segundo: la defraudación en la calidad de una cosa.

La interpretación del concepto de engaño ofrece bastantes dificultades, siendo, sin embargo, especialmente importante para delimitar y diferenciar la estafa de otros ilícitos que sólo tienen trascendencia en el ámbito civil. El concepto de dolo que da el art. 1269 del Código civil («palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes» que inducen al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho), en muy poco se diferencia del de estafa que da el art. 248 del Código penal. Las «palabras o maquinaciones insidiosas» pueden constituir también el «engaño bastante» del delito de estafa. Para un sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas la distinción se basa en un criterio puramente cuantitativo, considerando que el engaño en la estafa debe tener unas características de gravedad e idoneidad para causar el error y determinar la disposición patrimonial que no tiene el dolo civil (así BAJO II, p. 274). No obstante, el problema se trata como un *problema de tipicidad* a resolver con los criterios hermenéuticos tradicionales, no excluyéndose la hipótesis de que dolo civil y estafa coincidan en un mismo hecho (VALLE MUÑIZ, 1987, pp. 39 ss.). Carece, pues, a mi juicio de interés intentar resolver *a priori* el problema con ayuda de fórmulas más o menos ingeniosas como la de la «mise en scene» del Código penal francés o la de los «actos concluyentes» del Derecho penal alemán, pues, en definitiva, el concepto de engaño es un concepto tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma, y de la finalidad preventiva y político-criminal específica del Derecho penal, teniendo en cuenta especialmente *el principio de intervención mínima* del mismo, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Especialmente problemática es la posibilidad de la *comisión por omisión* en la estafa. En el art. 251,2º se tipifica expresamente el disponer de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, lo que implica la omisión del deber de comunicar el gravamen a la otra parte. Fuera de este caso se discute en la doctrina si existe estafa cuando se callan defectos o vicios de las cosas vendidas. QUINTANO (Curso II, p. 600) considera que deben aplicarse los preceptos civiles relativos al saneamiento y a los vicios redhibitorios. El Tribunal Supremo, en cambio, admite la modalidad omisiva cuando no se declaran circunstancias existentes en el momento de contratar, que, de ser conocidas, hubieran impedido la contratación, basándose para ello en el deber de declarar estos defectos o circunstancias en virtud de vínculos contractuales o del principio de lealtad y buena fe entre las partes (así, por

ejemplo, STS 6 diciembre 1974: omisión de declarar un accidente al contratar la póliza de seguro, para que sea cubierto por ésta). Según BAJO FERNÁNDEZ (ADP 1977, p. 554), el ocultar el carácter no comercial de una «letra vacía» al descontarla en el Banco no constituye *per se* engaño suficiente para la estafa de abuso de crédito, pero sí lo es el aparentar una solvencia de la que se carece, siempre que ello vaya acompañado de presentación de documentos falsos o la conducta sea lo suficientemente idónea como para provocar un error en la entidad bancaria (cfr. STS 16 mayo 1977 y comentario a ella de BAJO FERNÁNDEZ, RDP 1978, p. 467; VARONA GÓMEZ, pp. 41 s.). Ahora bien, la obtención fraudulenta de un crédito puede que no constituya directamente estafa por faltar otro de los requisitos de la misma: el perjuicio y el ánimo de perjudicar, ya que el sujeto que obtiene el crédito de esta manera puede, desde el primer momento, pensar en devolverlo y efectivamente hacerlo en el momento del vencimiento, lo que dificulta a veces la punibilidad de la llamada «estafa de crédito» (en este sentido, MUÑOZ CONDE, en VARIOS, 1990; y NÚÑEZ CASTAÑO, pp. 43 ss.).

> La mayoría de la doctrina se inclina por rechazar la posibilidad del engaño por omisión salvo que ésta vaya acompañada, como suele suceder, de actos concluyentes positivos (así, por ej., VALLE MUÑIZ, 1987, p. 183; BAJO II, p. 280; SILVA SÁNCHEZ, 1987; GONZÁLEZ CUSSAC/ VIVES, en VIVES Comentarios, p. 1269). Ciertamente, no comunicar el accidente ya ocurrido al contratar una póliza de seguro es una omisión, pero generalmente va acompañada de la afirmación, por lo menos implícita, de que el vehículo se encuentra en perfectas condiciones o no tiene defecto alguno que impida su aseguramiento. En la «estafa de hospedaje» se ve el engaño implícito en la apariencia de pagar que engendra el huésped (cfr. STS 2 abril 1981). No obstante, no creo que haya que excluir siempre la omisión no acompañada por actos concluyentes; el silencio o no sacar a alguien de su error puede ser, en algún caso, un engaño tan idóneo y grave como el comportamiento activo concluyente: ocultar vicios ocultos de la cosa o las cargas o gravámenes de la misma simplemente porque el comprador no lo pregunta o da por supuesto el buen estado de la cosa no deja de ser equivalente a negar dichos extremos cuando se pregunta (en este sentido STS 7 febrero 1997; CONDE-PUMPIDO, pp. 57 ss.; GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 664).

– Esta conducta engañosa debe ser «bastante» para *producir un error en otra persona*. Se produce un error cuando a consecuencia de la acción engañosa se ha causado una suposición falsa. Es decir, la acción engañosa debe ser causa de este error; debe existir pues una relación de causalidad entre ambos. El que el engaño sea o no causa adecuada para producir error es una cuestión que debe resolverse en

atención a las diversas circunstancias concurrentes. Es suficiente con que en abstracto pueda racionalmente ejercer una influencia en el ánimo del sujeto pasivo que le mueva a hacer la disposición patrimonial. Pero también debe tenerse en cuenta la personalidad del sujeto, su inteligencia, su edad, sus relaciones con el sujeto activo, etc. En todo caso, el sujeto pasivo ha de tener una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas; si se trata de un menor o de un enfermo mental, el engaño que determina que una persona en esta situación entregue una cosa se considera por la doctrina dominante como hurto y no como estafa. Cuando el sujeto pasivo lleva a cabo la disposición patrimonial sin error de ningún tipo, a sabiendas del engaño del que es objeto y por puro pasatiempo o liberalidad, tampoco existe estafa: echadoras de cartas o de buenaventura, falsos adivinos, etc., que no engañan a nadie, pero que obtienen dinero y se ganan la vida de este modo.

> Tiene, pues, razón GÓMEZ BENÍTEZ (p. 338) cuando niega autonomía al error como elemento conceptual de la estafa, ya que lo que importa es la idoneidad del comportamiento engañoso en sí, lo que debe valorarse de acuerdo con los criterios de la imputación objetiva. Siguiendo esta línea, PASTOR MUÑOZ (pp. 103 ss.) considera que sólo existe engaño típico en la estafa cuando puede afirmarse que el sujeto activo ha infringido el deber de veracidad o ha lesionado un derecho a la verdad del sujeto pasivo, aplicando como criterios determinantes el modelo de información vigente en el mercado, la posición de los sujetos en la relación económica y, en casos de debilidad de la víctima (menores, persona inexperta), el nivel de relevancia que el Derecho otorga a esa debilidad. Con estos criterios se pueden excluir de la estafa los casos en los que el sujeto finge solvencia al solicitar un préstamo sin que el prestamista se cerciore de la misma (STS 9 junio 2003) o aquéllos en los que se aceptan cláusulas abusivas que la otra parte no oculta (así, por ej., sucede con la venta de inmuebles con reserva de dominio, reservándose el vendedor la facultad de hipotecar el inmueble en tanto no se le haya satisfecho el precio total, cfr. BAJO FERNÁNDEZ, RDP 1977, pp. 545 ss.).

– Disposición patrimonial. El engañado a consecuencia del error debe realizar una *disposición patrimonial*, es decir, la entrega de una cosa o la prestación de un servicio; lo mismo da que consista en un hacer (realizar un pago) que en un omitir (renunciar a un crédito; cfr. VALLE MUÑIZ, 1987, pp. 215 ss.). La diferencia entre la estafa y los delitos de apoderamiento estriba en que el perjuicio se causa por este acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente, aunque con una voluntad viciada.

El engaño puede actuar sobre el perjudicado o sobre otra persona.

Dos constelaciones de casos se presentan en relación con este problema (*estafa en triángulo*).

a) El primero es si es posible la estafa por *utilización abusiva de una tarjeta de crédito*. La respuesta a esta cuestión viene condicionada por la propia praxis bancaria y comercial en relación con estos instrumentos. Desde luego puede considerarse que el particular que utiliza una tarjeta sabiendo que excede del importe autorizado realiza un comportamiento engañoso; y que el comerciante que entrega la cosa o presta el servicio, fiado en la cobertura del importe, realiza una disposición patrimonial que va a perjudicar al banco o a la institución de crédito que concedió la tarjeta. Pero en la práctica, el particular no sabe muchas veces si tiene o no agotado el crédito; el comerciante suele comprobar, llamando a servicios de control, la solvencia del titular de la tarjeta y pide autorización cuando la operación es de cierta entidad, y el banco asume el impago del crédito como un riesgo inherente a su propia política de ofrecer tarjetas de crédito, a veces inmoderada e innecesariamente, a sus clientes. En definitiva, el perjuicio para el banco se deriva del propio riesgo que asume al conceder la tarjeta; si esta concesión se debe a que el cliente finge solvencia puede haber estafa, pero no en otro caso. De todas formas, parece difícil concebir que la disposición patrimonial la haga el comerciante al entregar una cosa y no el banco al conceder la tarjeta. La jurisprudencia ha apreciado en algunos casos estafa (véase por ej., STS 25 octubre 1985); pero la doctrina ha criticado con razón esta praxis jurisprudencial (así Bacigalupo Zapater, 1983; Bajo Fernández, 1985, p. 521; y Romeo Casabona, 1988, p. 133. Para una visión de conjunto del problema véanse Muñoz Conde, en Varios, 1990; y Núñez Castaño, pp. 164 ss.).

b) Otro caso de estafa en triángulo es la llamada *estafa procesal*. Desde ya hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia admiten esta figura (véase Muñoz Conde, 11ª ed., p. 365), que puede subsumirse en los números 2º ó 4º del art. 250,1 o en la cláusula general del art. 248. La posibilidad de engaño al juez por las partes es evidente sobre todo en el proceso civil, donde las facultades del juez están muy limitadas y se reserva casi toda la iniciativa a las partes que, conforme al principio dispositivo, pueden realizar todo tipo de maquinaciones para inducir al juez a fallar de acuerdo con sus pretensiones. Existen, por supuesto, una serie de medidas jurídicas para evitar estos abusos, pero no siempre son suficientes y también se burlan con relativa facilidad. En este caso, se utiliza al Juez o Tribunal como un instrumento de comisión del delito de estafa. En la vida diaria tenemos abundantes ejemplos de estafa procesal: se fingen incapacidades para cobrar una mayor indemnización (STS 20 mayo 1958), se ocultan recibos de rentas de alquileres ya pagados para promover juicios de desahucio (SSTS 13 abril 1951 y 10 abril 1964), se intentan cobrar deudas ya cobradas (STS 9 agosto 1951), etc. De no admitir la estafa procesal estos hechos quedarían impunes, al no constituir otros tipos delictivos. No existe, desde luego, en nuestro Ordenamiento procesal civil un deber de veracidad para las partes, pero sí existe un principio de buena fe procesal que obliga a las partes a no abusar del proceso para conseguir beneficios patrimoniales ilegítimos defraudatorios. También la jurisprudencia admite la posibilidad de la estafa procesal ya desde antiguo (STS 30 junio 1906) y más recientemente en STS 10 mayo 1960, 6 mayo 1963, 3 y 7 octubre 1972, 31 enero y 12 noviembre 1975. Naturalmente que la finalidad de la maquinación debe ser de carácter patrimonial y la acción revestir todos los caracteres de la estafa: idoneidad para producir error en el Juez, perjuicio patrimonial, etc.

El acto de disposición estará constituido normalmente por la decisión del Juez que perjudica a la otra parte, pero la estafa se consuma cuando se produce la privación efectiva de bienes económicos al litigante vencido por cumplimiento o ejecución de la sentencia (Torío López, 1982, p. 897; Valle Muñiz, 1987, p. 235). En cambio, otros autores (Cerezo Mir, p. 197; Oliva García, p. 234; y Conde-Pumpido, p. 141) consideran que se consuma ya cuando se pronuncia la resolución judicial motivada por el engaño, pero, como indica Torío López, con ello aún no se ha producido una disminución patrimonial real y efectiva, pues hasta la ejecución la cosa continúa en poder del vencido en juicio.

Si la conducta engañosa constituye otros delitos además de la estafa procesal (falsedad documental, etc.), cabe estimar un concurso de delitos.

– La disposición patrimonial del engañado debe haber producido un *perjuicio* en el engañado o en un tercero. Este perjuicio es de carácter patrimonial, es decir, una lesión de elementos indeterminados del patrimonio, no de éste considerado como una totalidad.

Varios problemas se plantean en relación con la determinación del perjuicio en la estafa:

a) En la doctrina se discute si, salvo en los casos en que así se prevea expresamente, el viajar sin haber abonado el correspondiente billete constituye delito de estafa.

De un modo general se puede decir que el simple viajar sin pagar el billete, no ocupando plaza de viajero, no produce ningún perjuicio patrimonial al transportista; igual que tampoco lo produce contemplar un espectáculo sin abonar el billete pero sin ocupar plaza de espectador. Otra cosa sucede cuando el polizón o el «gorrón» dan la apariencia de un pasajero o espectador normal que ha abonado el billete. En este caso no sólo se da el engaño bastante (y, en consecuencia, el error), sino también la disposición patrimonial (el transporte, el espectáculo) y, por supuesto, el perjuicio, entendiendo que este último no sólo consiste en el daño emergente, sino también en la pérdida de una ganancia a la que se tiene derecho por la prestación de algún servicio (así Bajo II, p. 287). Sin embargo, el problema en el polizonaje y en la entrada sin abonar el billete en espectáculos es que, de todos modos, el servicio se presta, por lo que el sujeto activo del engaño no causa la disposición patrimonial, sino que se aprovecha de ella, siendo, pues, muy difícil encajarlos dentro del concepto general de estafa. Por todo ello, aunque utilizando diversas fundamentaciones, la doctrina se muestra contraria a apreciar en estos casos estafa, dejando a salvo, naturalmente, los preceptos que, en relación con el polizonaje, castigan este hecho en Leyes especiales (véase, por ejemplo, art. 64 LPPNA; para más detalles, Martos Núñez).

b) Las meras expectativas de lucro no reconocidas jurídicamente no son elementos del patrimonio, ni en sentido jurídico, ni económico; y, por tanto,

su lesión no constituye un perjuicio patrimonial; vender un negocio asegurando al comprador unos beneficios enormes que luego no se dan en la realidad no constituye, desde luego, estafa. Otra cosa sucede con la clientela o con determinadas ventajas o cualidades de la cosa o negocio que indudablemente incrementan su cotización o valor económico. Piénsese que no es lo mismo que el negocio tenga o no una buena clientela, esté o no situado en un lugar comercial bueno, o que la casa o vivienda tenga vistas al mar o a un bloque de pisos o esté situada en un lugar residencial o junto a un vertedero. Engañar sobre estos extremos puede ser, sin duda, un engaño bastante, pero el problema es si la frustración de las expectativas prometidas constituye también un perjuicio patrimonial. Los casos de esta índole pueden multiplicarse. El comprador adquiere por su precio una vaca lechera porque cree, engañado, que es de carne, o una enciclopedia de jardinería porque le han dicho que es de agricultura o un solar para construir pisos cuando en las ordenanzas municipales sólo se permiten viviendas unifamiliares. En todos estos casos, es evidente que de haber conocido el comprador con exactitud lo que realmente se le vendía no lo hubiera comprado.

Para considerar estos casos como estafa habrá que incluir junto al concepto objetivo económico-jurídico de patrimonio un aspecto subjetivo o individual según el cual el daño o perjuicio patrimonial se determina también en función del valor de uso o del empleo que el adquirente de la cosa pensaba dar a la misma. La compra, por ej., de una enciclopedia por parte del poco ilustrado agricultor porque el vendedor le asegura que en ella viene todo lo referente a agricultura, siendo así que realmente trata de jardinería, sería estafa, aunque el comprador haya pagado el precio que dicha enciclopedia tiene en el mercado. Del mismo modo también sería estafa la venta de una vivienda en lugar residencial, con magníficas vistas al mar, que luego está junto a una autopista, rodeada de edificios, sin apenas vislumbrar el mar.

Obviamente casi todos estos casos se pueden resolver por la vía civil y sin necesidad de acudir al Derecho penal, pero de lo que aquí se trata es de saber si se puede considerar como perjuicio patrimonial la lesión de estas expectativas no mensurables estrictamente en términos económicos. Mi opinión es favorable a ello. En la valoración económica de un bien y, por tanto, en la determinación del perjuicio patrimonial, debe tenerse en cuenta el valor de uso o el empleo concreto que el adquirente quiere darle (*aspecto individual del concepto económico-jurídico del patrimonio*).

La consideración del indicado aspecto subjetivo no puede llevarse, sin embargo, hasta el extremo de incluir en el concepto de patrimonio y, por tanto, en el de perjuicio patrimonial, los simples valores afectivos que no se traducen en la valoración económica objetiva. Así, por ej., si alguien vende sus cuadros a menos precio porque el comprador le dice que es para una institución benéfica o para un personaje público importante, cuando en realidad es para él mismo, el pintor puede considerarse estafado subjetivamente, pero no habrá estafa si, a pesar de la rebaja, el importe pagado entra dentro de lo que razonablemente puede entenderse como un precio justo o correcto.

En consecuencia, también la *compensación patrimonial*, es decir, la pérdida de la cosa o su valor económico que se compensa simultáneamente con un equivalente, elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa, aunque personalmente el sujeto pasivo del engaño no esté de acuerdo. Así, por ej., quien compra equivocadamente un cuadro de Murillo por su valor en el mercado, creyendo que compra un Zurbarán, no podrá considerarse perjudicado económicamente, porque su interés personal no incide en el valor económico objetivo.

c) También puede apreciarse perjuicio patrimonial y, por tanto, delito de estafa, cuando el elemento patrimonial sobre el que recae la defraudación tenga su origen en una acción antijurídica o en una causa ilícita. Así, por ej., cabe la estafa al estafador, o al ladrón, sobre las cosas obtenidas por éstos mediante estafa o hurto. Naturalmente habrá que hacer la reserva de que esa protección se dispensa frente a terceros, no frente al propietario o legitimado para reclamar la cosa. En general, debe admitirse el principio de que la antijuricidad de la posesión de una cosa no legitima la acción del que se apodera de ella o la adquiere de forma antijurídica también.

El negocio con causa ilícita (por ej., para traficar con drogas) también puede dar origen a una estafa, si bien no produce efecto alguno en el ámbito civil (art. 1275 Código civil). Ello es una buena prueba de la propia autonomía del Derecho penal, que no puede dejar de sancionar a un estafador porque el medio de que se valga sea la realización con otro de un negocio ilícito. Sin embargo, el estafado no puede exigir, en ningún caso, que se realice el negocio ilícito; no puede, por ej., exigir que el traficante le entregue la droga, que la prostituta cumpla su servicio o que se le entregue la máquina de hacer billetes. Esta distinción pasa a veces desapercibida a la doctrina, que no advierte que una cosa es la pertinencia de apreciar la estafa y otra la exigibilidad de la prestación (véanse, por ej., ROMERO, p. 291; BAJO II, p. 295; VALLE MUÑIZ, 1987, p. 251; GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 671; PASTOR MUÑOZ, p. 71; y PASTOR ZAPATER, pp. 340 ss., en comentario a la STS de 13 de mayo de 1997 —sujeto que se atribuye influencias en la concesión de una licencia urbanística—. Por su parte, GALLEGO SOLER, p. 281, sólo niega la existencia de un elemento patrimonial protegible cuando provenga de un hecho delictivo, pero no en los casos de hechos ilícitos o inmorales, como por ej. la prostitución. Sobre la posibilidad de cometer un delito contra la Hacienda Pública por ocultación de ganancias obtenidas ilícitamente, cfr. *infra* capítulo XLIII).

Una vez establecido qué se entiende por perjuicio habrá que proceder a su determinación, extremo éste importante tanto en la medición de la pena (cfr. art. 250,1,6º), como en la delimitación entre el delito y la falta de estafa (cfr. arts. 249 y 623,4). Para la determinación del importe del perjuicio patrimonial, tanto a la hora de aplicar la cualificación del art. 250,1,6º como de determinar la cuantía de 400 euros que diferencia el delito de la falta, habrá que atenerse al valor de mercado de la cosa o prestación defraudada, es decir, del elemento patrimonial concretamente dañado que es el específico bien jurídico protegido en el delito de estafa, no al perjuicio global o pérdida patrimonial total resultante que sólo debe tenerse en cuenta para determi-

nar la responsabilidad civil, ya que en la estafa no hay un ataque al patrimonio como un todo, sino a concretos elementos integrantes del mismo.

Tipo subjetivo

Correlativamente al perjuicio suele producirse un provecho para el autor del engaño o para un tercero. Por eso, la estafa está dentro de los delitos patrimoniales llamados de «enriquecimiento». Este provecho debe ser la finalidad del autor al cometer el delito, por lo que es de extraordinaria importancia para la caracterización de la tipicidad, pues ésta, como en otros delitos patrimoniales, requiere un elemento subjetivo específico, el ánimo de lucro. Dentro del tipo subjetivo se requiere, además, el dolo, que debe abarcar o referirse a los elementos objetivos, es decir, al engaño, al error, a la disposición patrimonial y a la causación de un perjuicio.

> La dinámica lucro-perjuicio es, en definitiva, el *leit-motiv* de toda estafa. Pero ello no quiere decir que el perjuicio tenga que ser directamente querido por el sujeto activo de la estafa. El autor (o autores) de la estafa lo único que pretende es enriquecerse, el perjuicio que con ello pueda irrogar a otros le trae completamente sin cuidado, raramente lo pretende de un modo directo y, a veces, le es penoso causarlo. Pero ello en ningún caso excluye el ánimo de lucro. La mayoría de los que emprenden un negocio arriesgado pretenden que el negocio salga bien, para evitar, entre otras cosas, problemas penales; pero la esencia del negocio constitutivo de estafa está precisamente en que ante la perspectiva del fracaso del mismo, quieren, desde el primer momento, desplazar el perjuicio patrimonial hacia terceras personas.
>
> El «ánimo de lucro» se perfila en estos casos a través de todo un montaje en el que lo único que está claro es que de ningún modo se piensa asumir como propios los posibles perjuicios que del negocio se deriven. Beneficios para todos, perjuicios para los demás, sería pues, una forma de «ánimo de lucro», por lo demás muy corriente en el ámbito de los grandes negocios y empresas arriesgadas, que junto con los demás elementos podría dar lugar a un delito de estafa. No es, pues, el lucro como tal, sino la forma fraudulenta de conseguirlo lo que caracteriza al delito de estafa.

Consumación

La estafa se consuma con la producción del perjuicio patrimonial; no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho. Existe tentativa con la realización de la conducta engañosa. En los casos en los que se acepta una letra de cambio a un determinado plazo sin ánimo de pagarla, la estafa no se consuma hasta el momento del

impago. Hay tentativa cuando la intervención judicial o policial, la interposición de demandas, etc., impiden oportunamente el daño patrimonial. En las estafas contractuales es necesaria, como indica Valle Muñiz (1987, p. 244), la efectiva ejecución de las prestaciones prometidas para la consumación del delito.

La exigencia de que el engaño sea «bastante» exige una idoneidad del mismo para provocar error y determinar una disposición patrimonial y un perjuicio del mismo tipo, lo que excluye del ámbito de punición de la tentativa los engaños que en la vida social y en atención a las circunstancias concurrentes se consideran irrelevantes o simples pasatiempos (echadoras de cartas, adivinos del porvenir, conjuros mágicos, etc.).

Concurso

El problema del *concurso* con otros delitos es especialmente difícil en lo que se refiere al concurso entre la estafa y las falsedades en documento privado que se realizan para procurarse un provecho patrimonial ilícito y que en la realidad son medios para la comisión de estafa. El problema es de difícil solución, teniendo en cuenta la existencia en nuestro Código de las falsedades lucrativas en documentos privados como delitos autónomos distintos de las estafas. La cuestión es discutida y no hay un criterio jurisprudencial claro o unánime; últimamente el Tribunal Supremo se inclina por la absorción de estas falsedades en las estafas, a no ser que la falsedad tenga igual o mayor pena, castigando entonces sólo por falsedad (STS 7 octubre 1974). Ningún problema hay, en cambio, para admitir el concurso de delitos medial entre la estafa y la falsedad en documentos públicos, oficiales o mercantiles (véase *infra* capítulo XXXI).

Delito continuado y delito masa

Cuando existen pluralidad de estafas y pluralidad de sujetos pasivos deben aplicarse las reglas del concurso real (art. 73) con las limitaciones contenidas en el art. 76. Pero estas reglas paradójicamente pueden beneficiar al delincuente que, a través de pequeñas defraudaciones de cuantías que no sobrepasan las de la falta, puede conseguir grandes beneficios patrimoniales. Lo mismo sucede en los fraudes colectivos (estafas de pisos, sociedades de inversión y construcción ficticias, venta de alimentos adulterados, etc.), que individualmente

considerados son a veces de poca gravedad. Las penas a aplicar en estos casos conforme a las reglas del concurso real son irrisorias o desproporcionadas, por defecto, a la entidad del delito cometido y a la alarma social creada.

Actualmente el problema se resuelve expresamente en el apartado 2 del art. 74, que obliga a determinar la pena en estos casos (delitos patrimoniales) teniendo en cuenta el perjuicio total causado, disponiendo además que el Juez o Tribunal «impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas». Entiendo, sin embargo, que esta disposición no es aplicable si se da el supuesto 6º del art. 250,1, o el apartado 2 del art. 250 en relación a las circunstancias 1ª y 6ª del art. 250,1, en los que ya se tiene en cuenta el perjuicio total para formar un marco penal autónomo (véase *infra* y Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 3, de 17 de septiembre de 1999; a favor de la compatibilidad entre el art. 74,2 y el art. 250, Choclán Montalvo, 2000, p. 220).

Penalidad

Según el art. 249, los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excede de 400 euros (si no llega a esta cuantía, el hecho es falta, art. 623,4). Según el mismo precepto, para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Pero el art. 250 contiene además una serie de cualificaciones específicas que obligan a imponer la pena de prisión de uno a seis años y la de multa de seis a doce meses, e incluso, en el caso de que se den las cualificaciones 6ª ó 7ª con la 1ª, el apartado 2 del mismo artículo impone la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Este régimen de punición es aplicable también al delito de apropiación indebida previsto en el art. 252, que se remite a los arts. 249 y 250 (véase *infra*).

Análisis de las circunstancias cualificadoras del art. 250

Dice el art. 250: «1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:
1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
2.º Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.
3.º Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.
4.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.
5.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.
6.º Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.
7.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.
2. Si concurrieran las circunstancias 6.ª o 7.ª con la 1.ª del número anterior se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses».

Igual que sucede con el régimen de punición del hurto, el art. 250 contiene una serie de cualificaciones que deben ser abarcadas por el dolo. Se trata de subtipos agravados, que se sustraen al régimen general del cómputo de las circunstancias agravantes fijado en el art. 66, no cabiendo, por tanto, la compensación con las atenuantes que puedan concurrir. También la determinación de la pena en caso de tentativa y complicidad se llevará a cabo a partir del marco penal del art. 250, cuando se den las circunstancias citadas en el mismo.

– La primera de estas cualificaciones hace referencia a «cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social». En principio, su sola concurrencia determina la apreciación del tipo cualificado. Si, además, concurre con la circunstancia 6ª ó 7ª, las penas serán de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Con ello se pretende castigar con dureza las estafas en ámbitos de gran trascendencia social como la construcción de viviendas, en los que promotoras o constructoras reciben diversas cantidades a cuenta para la construcción de viviendas que después no construyen, o en los que se alteran la sustancia, calidad o cantidad de esas mismas viviendas o de otras cosas de primera necesidad como la

leche, el pan, etc., de forma grave y con grave quebranto patrimonial de sus adquirentes.

– La cualificación segunda hace referencia claramente a la estafa procesal y es una prueba más de la posibilidad de esta modalidad de estafa en nuestro Ordenamiento jurídico.

– En la cualificación tercera se le da un tratamiento agravatorio a la utilización en la comisión de estafas de títulos valores de gran trascendencia en el tráfico mercantil (cheques, pagarés, letras de confianza), pero obviamente el hecho debe revestir previamente los caracteres de estafa, pues, como ya hemos dicho anteriormente, la obtención de un crédito librando un cheque en descubierto o utilizando una letra de cambio de favor, conociendo el tomador del documento el carácter vacío del mismo, no es constitutivo de estafa (véanse MUÑOZ CONDE, en VARIOS, 1990; y SUÁREZ MONTES).

– La cualificación cuarta puede reflejar también una estafa procesal, pero lo fundamental aquí es la manipulación de un documento, bien por falsificación, por ejemplo, por abuso de firma de otro, bien por daño o hurto del mismo, por lo que normalmente se dará un concurso con el respectivo delito.

– La cualificación quinta coincide casi literalmente con la del art. 235,1 que cualifica la pena del hurto, por lo que nos remitimos a lo allí dicho.

– La cualificación sexta tiene en cuenta la gravedad del perjuicio causado que, obviamente, no puede ignorarse a la hora de determinar la gravedad de la estafa. La indeterminación del término «especial gravedad» ha obligado a la jurisprudencia a fijar unas cuantías, puramente orientativas, que, como dice la STS de 23 de febrero de 1987, están sujetas a las revisiones que vayan aconsejando las circunstancias y las fluctuaciones del valor adquisitivo de la moneda. Las SSTS de 18 de junio, de 3 de octubre de 1985 y de 30 de enero de 1986, la consideraban aplicable cuando la cuantía de la defraudación rebasa el millón de pesetas. A partir de los años noventa esta cuantía ha pasado sin embargo a aplicarse a partir de los dos millones de pesetas o su equivalente en euros (así se acordó en la Junta General de la Sala 2ª del TS de 26 de abril de 1991, recogida en GRANADOS, Acuerdos, pp. 104 ss., y STS 9 marzo 1999).

– La cualificación séptima está en cierto modo implícita en la propia acción constitutiva de estafa, ya que precisamente el engaño suele darse cuando existe una relación de confianza, de la que de algún modo se abusa cuando se utiliza esa relación personal ya existente, por lo que no se comprende muy bien el carácter agravatorio y mucho menos el régimen de agravación especial que puede tener si se dan los presupuestos del apartado 2 del art. 250. Por ello, habrá que exigir para aplicar estas cualificaciones algo más que un simple abuso de confianza o de superioridad, ya de por sí agravantes genéricas (art. 22,2ª y 6ª) y de algún modo consustanciales al propio engaño. Así, por ejemplo, podrá aplicarse esta cualificación cuando la relación sea de especial confianza, como la de la anciana que confía el cobro de su pensión al director de la institución en la que reside, o el cliente del banco que confía sus ahorros al director de la entidad que los utiliza en su propio beneficio.

ESTAFAS ESPECÍFICAS

El art. 251 tipifica expresamente una serie de estafas que obedecen al mismo concepto general de estafa que anteriormente hemos dado, pero que tienen un marco penal específico (pena de prisión de uno a cuatro años), sustraído al régimen de penalidad, básico y cualificado, previsto para las demás estafas. Estas estafas específicas son:

A) El otorgamiento de contrato simulado (art. 251,3º)

La inclusión de este precepto entre las estafas sólo puede comprenderse si se considera que el otorgamiento del contrato simulado es una conducta engañosa que de algún modo va dirigida a alguien («otro»), ajeno a los contratantes, que, fiado de la apariencia contractual, realice una disposición patrimonial que le perjudique.

Si, por el contrario, el contrato simulado se realiza para perjudicar al acreedor de uno de los contratantes, tal simulación será, en principio, una forma de alzamiento de bienes (cfr. *infra* capítulo XX; STS 18 octubre 1972 y MUÑOZ CONDE, 1977, p. 105).

B) La estafa inmobiliaria (art. 251,1º y 2º)

El art. 251,1º castiga al que atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero; y el pfo. 2º al que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o al que, habiéndola

enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

El supuesto del pfo. 1º, ampliado en la reforma de 1983 al arrendamiento y gravamen, no plantea en realidad ningún problema de distinción con la estafa propia del art. 248, ya que el atribuirse falsamente facultad de disposición («fingirse dueño», como se decía en el anterior Código penal) es un engaño suficiente para generar los demás elementos del delito de estafa.

Otra cosa sucede con los supuestos del pfo. 2º. La ampliación que hizo la reforma de 1983 a los casos de doble venta o gravamen después de la enajenación complicó la regulación anterior. La venta de una cosa gravada ocultando el gravamen puede ser indudablemente estafa frente al adquirente, no desde luego frente al titular de la hipoteca que conserva intacto su derecho *erga omnes* (cfr. STS 13 marzo 1965 y MUÑOZ CONDE, 1977, p. 103). A ella había equiparado la jurisprudencia la enajenación seguida de gravamen previo a la entrega de la cosa (cfr. STS 17 marzo 1973). La equiparación a este supuesto de los casos de «doble venta» o de gravamen del inmueble tras haberlo vendido, antes de la entrega al adquirente, puede ser problemática, pues, como indican CASTIÑEIRA/ CORCOY/ SILVA, en algunos casos habrá un ilícito civil, pero no los elementos característicos de la estafa; piénsese en quien, tras haber vendido, recibe una mejor oferta y entrega la cosa al segundo vendedor. Por eso, es necesario exigir en todos estos casos la presencia de los elementos conceptuales de la estafa.

Según el art. 269, en relación con la estafa se castigan la proposición, la provocación y la conspiración.

APROPIACIÓN INDEBIDA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995*: BELTRÁN BALLESTER, *El hurto de hallazgo*, Valencia 1979; CASTIÑEIRA PALOU, *Venta a plazos y apropiación indebida*, Barcelona 1983; el mismo, *Incumplimiento contractual y responsabilidad penal. Sobre el art. 12 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; el mismo, *El impago a la seguridad social de las cuotas retenidas a los trabajadores como delito de apropiación indebida*, ADP 1985; DE LA MATA BARRANCO, *La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, ADP 1987; el mismo, *Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída al titular*, PJ núm. especial IX, 1989; el mismo, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona 1994; DE PRADA BENGOA, *Periferia del delito de apropiación indebida y examen de un supuesto incluido y no penado*, en La nueva delincuencia II, CDJ 1993; DELGADO LÓPEZ, *La doctrina del TS sobre la falta de ingreso en las cuotas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario*, ADP 1985; DÍAZ PALOS, *Posesión de muebles y apropiación indebida*, en Homenaje a Castán III, Pamplona 1969; FERRER SAMA, *Apropiación indebida*, NEJ II, 1950; GONZÁLEZ CUSSAC, *Apropiación y percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, RGD 1995; HIJAS PALACIOS, *De la apropiación indebida*, ADP 1977; MANJÓN CABEZA-OLMEDA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, Madrid 1988; el mismo, *Cuentas corrientes indistintas y apropiación indebida*, RFDUC 1988/89; MARTÍNEZ PÉREZ, *Apropiación de la cuota obrera de la seguridad social y apropiación de las cantidades retenidas en el IRPF*, EPC 1984/1985; el mismo, *El delito societario de administración fraudulenta*, EPC 1993/1994; MORILLAS CUEVA, *El no reintegro de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida*, ADP 1979; MUÑOZ CONDE, *Aspectos jurídico penales de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas*, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989; OLIVA GARCÍA, *Sobre el llamado delito financiero*, RFDUM 1972; QUINTANAR DÍEZ, *Sobre el «título y la apropiación» en el delito de apropiación indebida del art. 535 del Código penal*, CPC 1993; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apropiación de la totalidad del tesoro oculto*, CPC 1977; el mismo, *Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error*, CPC 1982; SAINZ-PARDO CASANOVA, *El delito de apropiación indebida*, Barcelona 1977; ZUGALDÍA ESPINAR, *Hurto y apropiación indebida, criterios de demarcación*, CPC 1986 (también en RFDUC monográfico 11, 1986).

Sobre el Código penal de 1995: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Apropiaciones indebidas*, Valencia 1997; FERNÁNDEZ TERUELO, *La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida*, La Ley 2000; GÓMEZ BENÍTEZ, *Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código penal y en la jurisprudencia*, AJA 2004; HAVA GARCÍA, *Comentario a las sentencia 1/1997 y 224/1998 («Filesa» y «Agentia Trust»). Falsedad mercantil cometida por particular: apropiación indebida y administración desleal*, RCP 1998; MARCHENA GÓMEZ/ MORENO VERDEJO, *El delito de apropiación indebida en el Código penal de 1995*, Madrid 1998; PAREDES CASTAÑÓN, *Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida*, PJ 1997; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*, Madrid 1997; SIMONS VALLEJO, *Sobre el contenido de injusto de los delitos de apropiación indebida*, REPen 2003.

Véase además la bibliografía de los delitos societarios en el capítulo XXIII.

La Sección 2ª del Capítulo VI trata de la apropiación indebida y en ella, junto a la apropiación indebida propiamente dicha del art. 252, se tipifican también dos supuestos similares a ella, aunque no exactamente coincidentes.

> Dice el art. 252: «Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, *en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren* o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

Diferencias con la estafa, con el hurto y con la malversación

El común origen histórico con la estafa y con el hurto hace a veces difícil delimitar la apropiación indebida de estos dos delitos.

– La diferencia con la estafa es de tipo morfológico y comisivo. En la apropiación indebida no existe el engaño previo que en la estafa es esencial. En la apropiación indebida la posesión de la cosa es originariamente lícita y después surge el ánimo de apropiársela ilícitamente. En la estafa la constitución de la posesión va precedida desde el primer momento por una conducta engañosa que precisamente es el origen o la causa de esa constitución, con lo que la posesión es desde ese momento ilícita. Esta tesis es dominante desde antiguo tanto en la jurisprudencia como en la doctrina (cfr., por ej., STS 29 abril 1975; QUINTANO, Curso II, p. 873); sin embargo, en la práxis se plantean muchas veces problemas de prueba del engaño previo que determinan alternativamente la aplicación de la apropiación indebida cuyo marco penal es el de la estafa.

– Tampoco plantea ya mayores problemas, teóricos y prácticos, la diferenciación entre apropiación indebida y hurto. En términos generales puede decirse que la apropiación indebida difiere del hurto en no mediar sustracción, sino apropiación ilegítima de algo que ya se posee legítimamente. El sujeto activo de la apropiación indebida debe estar, por tanto, en posesión de la cosa apropiada, siendo la propiedad directamente el bien jurídico protegido en este delito. Pero la cuestión se complica cuando se trata de determinar el alcance de esa posesión. Existen hechos de apoderamiento de cosas muebles respecto a las cuales el sujeto activo tiene una relación posesoria y que, sin embargo, son calificados como hurtos. El cajero que se apodera del dinero de la caja que custodia o la chica del servicio doméstico que sustrae algunos objetos de plata mientras está limpiándolos, poseen indudablemente estas cosas, aunque sea a título de meros «servidores de la posesión», y, sin embargo, cometen hurto.

La distinción hurto-apropiación indebida en el Derecho penal español no puede llevarse a cabo, por tanto, en base al concepto de posesión —que, por otra parte, no es pacífico ni está firmemente delimitado en el Derecho privado—, sino en base al título en virtud del cual se tiene la posesión. Por imperativo del art. 252, dicho título debe ser en la apropiación indebida uno de los allí señalados que produzca obligación de entregar o devolver los objetos recibidos. Así, será hurto el apoderamiento de las cantidades cobradas por el ordenanza de un Banco, y apropiación indebida el realizado por el director de la sucursal (cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, pp. 123 ss.).

Común con el hurto propio es en la apropiación indebida solamente el objeto material sobre el que recae la acción: cosa mueble ajena. El supuesto de la apropiación de cosa perdida constituye desde el punto de vista de la modalidad comisiva de acción también una apropiación indebida, ya que la posesión originaria de las cosas perdidas, por parte de los que se las encuentran, es lícita; pero debe tenerse en cuenta que el título en virtud del cual se poseen no puede equipararse a ninguno de los citados en el art. 252. De ahí la necesidad de su tipificación expresa que lleva a cabo el art. 253 (cfr. *infra*; respecto a la situación anterior, MUÑOZ CONDE, 4ª ed., pp. 194 ss. y 256).

– Respecto a la malversación de caudales públicos, que como delito contra la Administración pública se tipifica en los arts. 432 y ss., la distinción con la apropiación indebida es relativamente fácil en un plano estrictamente dogmático. En la malversación el sujeto activo debe ser un funcionario público o persona asimilada *ex lege* a él y el objeto material tener la conceptuación de caudal o efecto público, debiendo mediar una relación entre el objeto material y el sujeto activo; mientras que en la apropiación, además de algunas diferencias morfológicas, ni el sujeto activo ni el objeto material deben tener una cualidad especial. Estas diferencias se relativizan respecto a la llamada malversación impropia (art. 435), al imponerse en este caso la consideración de funcionario y de caudal público en supuestos que originariamente carecen de esta conceptuación. Razones político-criminales han pesado en esta calificación para imponer penas más elevadas cuando los bienes, aun siendo privados, están afectados a obras de interés

público o sujetos a administración o depósito judicial, etc. (cfr. *infra* capítulo XLII).

La distinción propiedad-posesión y su relevancia en la apropiación indebida y figuras afines

Al igual que la posesión derivada de alguno de los títulos citados en el art. 252 sirve para diferenciar el delito de apropiación indebida del hurto, también la propiedad sirve para delimitar la apropiación de otros delitos e incluso del ámbito de la más absoluta impunidad. La libre disposición de los bienes de los que se es propietario no tiene, en principio, más limitaciones que la de no sustraer esos bienes al deber de cumplimiento de las obligaciones al que están sujetos por imperativo del art. 1911 del Código civil. La lesión de este deber, colocándose en insolvencia, puede constituir todo lo más una insolvencia punible, un alzamiento de bienes por ejemplo, pero nunca una apropiación indebida. Por eso fue objeto de críticas por PACHECO (III, p. 321) el precepto del Código penal de 1850 que castigaba como hurto el negar haber recibido dinero en préstamo y por parte de GROIZARD (VII, p. 182), la jurisprudencia que castigaba por la actual apropiación indebida el negar haber recibido dinero tomado a préstamo, ya que en estos casos se transmite la propiedad del dinero entregado y con ello la disposición sobre él. La cotitularidad sobre cuentas corrientes autoriza, por tanto, a cualquiera de los titulares a disponer de la totalidad (así MANJÓN, 1988/89), independientemente de la cuestión civil de reclamación de cantidad que pueda plantearse por la otra parte titular de la cuenta.

A lo largo de los últimos años han ido desapareciendo de nuestro Ordenamiento jurídico algunos preceptos recogidos en leyes especiales (como la de venta de bienes muebles a plazos o la de percibo de cantidades a cuenta para la construcción de viviendas) que castigaban como apropiación indebida casos de disposición de cosas por parte del propietario. Sin embargo, sigue vigente el art. 59 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de la Posesión, de 16 de diciembre de 1954, que dispone que «el *dueño* de los efectos pignorados, a *todos los efectos legales*, tendrá la consideración de *depositario* de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal» (cfr. STS 19 mayo 1972 e *infra*: supuestos especiales de apropiación indebida).

Pero salvo esta excepción, la propiedad de las cosas por parte del sujeto que dispone de ellas destipifica el delito de apropiación indebida, pudiendo constituir la disposición sobre estas cosas todo lo más, cuando se trata de un uso abusivo del propio patrimonio, un delito de alzamiento de bienes (véase *infra* capítulo XX). De aquí se desprende que no pueda castigarse por apropiación indebida el hecho de que el prestatario no devuelva la cosa fungible objeto del préstamo o mutuo, pues este contrato transmite la propiedad y no la posesión de las cosas prestadas, aunque naturalmente subsistan las correspondientes acciones civiles o, si ha existido engaño previo que determinó la entrega de la cosa, la posibilidad de aplicar los preceptos relativos a la estafa.

Tipo objetivo

De lo dicho se desprende que *la acción* en el delito de apropiación indebida del art. 252 consiste en actos de apropiación de las cosas, es decir, en disponer de ellas «como si fueran propias», transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica. Esta acción se puede llevar a cabo bien por actos positivos de disposición de las cosas o bien negando haberlas recibido.

– *Actos dispositivos*. La disposición, para la que no se está autorizado, implica un acto de apropiación del sujeto que dispone siendo sólo poseedor. En el art. 252 se habla de apropiarse o distraer. No existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre la apropiación y la distracción o, por lo menos, esta distinción carece de relevancia, siempre que se entienda que la *distracción* es una forma de apropiación y no un mero uso distinto al pactado. De aquí se deriva que no basta con un simple mal uso de la cosa poseída, sino que son precisos verdaderos actos de apropiación. La mal llamada «apropiación indebida de uso» no encaja, pues, en el art. 252. El Tribunal Supremo ha extendido, sin embargo, el delito de apropiación indebida a casos como el uso de automóviles arrendados por más tiempo del pactado, casos que, con la nueva redacción del art. 244,1 tras la reforma de 2003, pueden incluirse ahora en este precepto (cfr. *supra* capítulo XVIII). La «distracción» es también una forma de apropiación: el que distrae piensa devolver la cosa, mientras que el que se la apropia no piensa ni por un momento en la devolución. Esto es importante para incluir también en la apropiación indebida la utilización para negocios propios de cosas poseídas, por ejemplo, en administración, pues ya la disposición de las mismas, salvo que se trate de un simple uso, es una forma de

apropiación como si se fuera propietario de la misma y, por tanto, exponiéndose a riesgos que sólo puede asumir el verdadero propietario. La mera disposición sin esta apropiación sólo es punible como administración desleal o fraudulenta prevista en el ámbito societario en el art. 295 (cfr. *infra* capítulo XXIII).

– *Negar haber recibido las cosas*. Si, faltando a la verdad, se niega haber recibido una cosa mueble con obligación de devolverla, existe una presunción de apropiación, de ahí que se mencione expresamente esta modalidad comisiva. Pero también existe esta presunción, aunque no se mencione expresamente, cuando se afirma, falsamente, haber ya devuelto la cosa entregada. En ambos casos la intención es la misma: apropiarse de las cosas. Distinta es la negativa a entregar las cosas recibidas, cuando se reconoce que se han recibido y que aún no se han devuelto, porque esta conducta puede deberse al ejercicio de legítimos derechos, como el de retención. Lo importante en todo caso no es la modalidad comisiva de la apropiación, sino el que ésta revele el ánimo de apropiarse de la cosa por hechos *concluyentes* (véase *infra* y STS 27 junio 1975).

El objeto material ha de ser una cosa mueble, mencionándose expresamente el dinero, efectos y valores, o activo patrimonial.

Estas cosas han de ser recibidas en depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas. Es decir, *la cosa ha de tenerse por un título traslativo de la posesión*. En la frase «u otro título» han de entenderse comprendidos otros contratos traslativos de la posesión como el comodato, el mandato y la prenda con desplazamiento. Respecto a las cosas cuya posesión se transmite se comprenden también los contratos de arrendamientos y aparcería. Por las razones ya dichas no pueden asimilarse a estos títulos el contrato de préstamo o mutuo, porque transmite la propiedad, y por las mismas razones la compraventa a plazos y la prenda sin desplazamiento, salvo la excepción ya citada. Respecto al contrato de sociedad no hay obstáculo legal alguno que impida que uno de los socios sea castigado por apropiación indebida cuando dispone ilícitamente de objetos del patrimonio comunitario en cuya posesión estaba por un título que implica la obligación de entregarlos o devolverlos (STS 27 junio 1975). Lo mismo puede decirse del administrador que utiliza los fondos sociales para fines propios, desviando el patrimonio social del objeto social a que estaba afecto (STS 23 junio 1973; véase comentario a esta sentencia de Oliva García, pp. 40 ss.). La cuestión de la tipicidad de la administración fraudulenta en el

Código penal vigente a través del delito de apropiación indebida ha sido, sin embargo, discutida, alegando que si la conducta no constituye una apropiación de fondos ajenos, sino sólo una disposición indebida en «abuso de confianza», sin ánimo de apropiación personal, puede constituir todo lo más el delito societario previsto en el art. 295. Sin embargo, en la STS de 26 de febrero de 1998 (caso «Argentia Trust») se considera que aunque no quede probada la apropiación en beneficio propio de 600 millones pertenecientes a la sociedad, el administrador que dispuso de ellos, sin que quede constancia de haberlos reintegrado a la sociedad, comete apropiación indebida, que en el nuevo Código penal sería de preferente aplicación por estar castigada más gravemente que el delito de administración social fraudulenta del art. 295 (en este sentido, también Conde-Pumpido, pp. 50 ss.; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, pp. 1207 ss., quien considera que en el art. 252 hay en realidad dos delitos: uno, «apropiarse», de apropiación indebida; y otro, «distraer», de administración desleal; véanse STS 11 mayo 1999 y los trabajos de Gómez Benítez, Hava García y Silva Castaño citados en bibliografía; en contra de esta interpretación, Fernández Teruelo; cfr. *infra* capítulo XXIII).

Tipo subjetivo

Lo mismo que en el delito de hurto, se exige también aquí el ánimo de lucro referido a la intención de apropiarse de la cosa: «*animus rem sibi habendi*», o de disponer de ella sin facultades para ello, lo que produce un perjuicio en el sujeto pasivo. El ánimo de devolución posterior a la apropiación no excluye el dolo, pero puede constituir el presupuesto subjetivo de la impunidad por desistimiento voluntario en las formas imperfectas de ejecución o de la atenuación en los casos de arrepentimiento posterior a la consumación (véase *infra*).

> En el fondo, en este delito siempre se trata de la prueba del ánimo de apropiación por parte de quien dispone indebidamente como propietario de las cosas que posee legítimamente. El mero uso indebido de las mismas o la negligencia en su custodia o administración no son, por tanto, suficientes para constituir el tipo subjetivo. Sin embargo, en determinados casos se puede deducir el ánimo de apropiación de situaciones claramente indicadoras del mismo: no devolver el coche alquilado durante semanas, hacer préstamos con el dinero que se administra a intereses ridículos que prácticamente equivalen a su donación, etc. Los casos de error sobre las facultades o los límites jurídicos para disponer de los bienes deben trasladarse al ámbito del error de prohibición, aunque pueden incidir ya directamente en la exclusión del tipo subjetivo, que sólo admite la comisión dolosa.

Causas de justificación

El delito de apropiación indebida es el resultado de una serie de negocios jurídicos que motivaron la entrega o transmisión de la posesión de las cosas y que muchas veces condicionan su antijuricidad. Como causas de justificación suelen invocarse el derecho de retención y el estado de liquidación o rendición de cuentas pendientes. Por lo que respecta al *derecho de retención* el Código civil y el Código de comercio permiten en algunos casos que se retengan por el poseedor las cosas a él entregadas hasta que se le satisfagan los gastos realizados para su conservación, manutención, etc.; el ejercicio de este derecho dentro de los límites marcados en estos cuerpos legales justifica indudablemente la apropiación (véase QUINTANO, Curso II, pp. 925 ss.). En íntima relación con el derecho de retención se encuentra la *liquidación de cuentas pendientes* entre los distintos sujetos del título traslativo de la posesión. El que exista una liquidación pendiente no implica necesariamente la justificación de la apropiación indebida y todo lo más puede tener importancia para la determinación de la cuantía del perjuicio y consiguientemente de la pena. Pero si la liquidación revela un estado de deudas recíprocas entre las partes, la apropiación de las cosas por un importe inferior a la cuantía de la deuda puede estar justificada.

Consumación

El resultado de la apropiación indebida consiste en la apropiación, que se manifiesta al realizarse los actos de disposición o al negar haber recibido las cosas poseídas, y en el consiguiente perjuicio que la apropiación produce en el titular del derecho a exigir la entrega o devolución de las cosas. Normalmente apropiación y perjuicio suelen coincidir, pero si, a pesar de los actos dispositivos, no se llega a producir el perjuicio patrimonial lesivo para el sujeto pasivo, el delito no se consuma y cabe la tentativa. La cuestión tiene trascendencia para apreciar la impunidad en los casos de desistimiento voluntario que habrá que admitir cuando gracias a ese desistimiento el perjuicio no se produce. Así, por ejemplo, en el caso fallado por la STS de 25 de octubre de 1882: el autor sustituyó un cuadro que tenía en depósito por una copia, pero al entregarla al depositante éste notó el cambio y reclamó el original que inmediatamente le fue devuelto. En los casos de cantidades recibidas en comisión y empleadas para cubrir gastos

propios con fines distintos a los previstos, la devolución de estas cantidades, al ser exigidas, excluyen la consumación e incluso el castigo por tentativa, si se trata de un desistimiento voluntario (cfr. STS 17 abril 1964). Distinto del desistimiento es el arrepentimiento posterior a la consumación, es decir, posterior a la producción del perjuicio, que todo lo más puede constituir una circunstancia atenuante (art. 21,5ª). En la práctica sólo se presentan casos de apropiación indebida en grado de consumación, porque normalmente la apropiación supone casi siempre el perjuicio y porque sólo cuando se produce el perjuicio se presentan las correspondientes querellas (muy interesante al respecto STS 14 noviembre 1975. En contra, SAINZ-PARDO, pp. 156 ss., no admite las formas imperfectas de ejecución, considerando que la acción de apropiarse y el resultado perjudicial se dan *simultáneamente*; de la misma opinión BAJO II, p. 421. En el sentido del texto, VIVES, en VIVES/ BOIX, p. 969).

Delito continuado

Igual que en otros delitos patrimoniales como la estafa y el hurto, la apropiación indebida puede darse en ejecución de un plan preconcebido a través de una pluralidad de acciones que, conforme al art. 74,1 y 2, pueden considerarse como un solo delito a sancionar por el importe del perjuicio total causado. Sin embargo, cuando se trate del supuesto previsto en el nº 6º del art. 250,1 («revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio»), o cuando este supuesto se dé junto con el nº 1º del mismo artículo («cosas de primera necesidad»), la apropiación indebida, igual que la estafa, se rige por las reglas específicas de determinación de la pena previstas en el art. 250.

Penalidad

Ya hemos dicho que las penas de la apropiación indebida son las de los arts. 249 ó 250, a los que se remite expresamente el art. 252. Tanto en este artículo como en los que regulan otras formas de apropiación (arts. 253 y 254), el hecho sólo es delito si el valor de lo apropiado excede de 400 euros, constituyendo falta si no llega a esa cantidad (art. 623,4).

En los casos de *depósito miserable o necesario* (art. 1781 Cc) las penas se impondrán en su mitad superior.

Supuestos especiales de apropiación indebida

Como ya se ha advertido anteriormente, puede darse el caso de que algún precepto de una Ley extrapenal equipare a la apropiación indebida hechos que realmente no lo son. Uno de ellos era el recogido en el art. 6 de la Ley de 27 de julio de 1968, que ha sido expresamente derogado por el Código penal de 1995. Dicho artículo castigaba como apropiación indebida la no devolución de las cantidades anticipadas a cuenta para la construcción de viviendas. Pero aunque era cierto que la calificación de apropiación indebida forzaba la naturaleza jurídica del título por el que se entregaban dichas cantidades (una especie de compraventa de cosa futura o contrato de cesión que, en principio, transmite la propiedad del dinero entregado a cuenta), muchos de los casos juzgados por los Tribunales podían también ser considerados desde el punto de vista de la estafa, posibilidad que sigue obviamente vigente (véanse MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 321; MANJÓN, 1988; GONZÁLEZ CUSSAC; y MUÑOZ CONDE, 1989). Otro supuesto especial de apropiación indebida se derivaba de la anterior Ley de compraventa de bienes muebles a plazos, en cuyo art. 12 se disponía claramente que «el comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operación dispusiera de la cosa o la dañare, será castigado con las penas previstas en el Código penal para los delitos de apropiación o daños». Respecto a este último precepto la jurisprudencia extrajo claramente las consecuencias que de él se derivaban, castigando, como apropiación indebida, la disposición o enajenación por parte del comprador del objeto vendido a plazos antes de haber satisfecho el último plazo, desvirtuando de este modo el sentido originario del delito de apropiación indebida. Sin embargo, la nueva Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles no recoge un precepto similar, y la jurisprudencia está interpretando que el incumplimiento de las cláusulas de reserva de dominio o las prohibiciones de enajenar que permite establecer dicha ley sólo tienen efectos civiles (cfr., por ejemplo, STS 25 julio 2001).

Dificultades similares pueden darse con otros supuestos de «apropiación indebida» anómalos como el ya citado del art. 59 de la Ley de hipoteca mobiliaria, aunque en este caso al recaer la acción sobre cosas muebles perfectamente identificables es más fácil construir una especie de posesión o depósito sobre las mismas (véase CASTIÑEIRA PALOU, 1983, pp. 55 ss.).

Otro problema que se viene planteando en los últimos años, éste sin previsión legislativa expresa, es el del impago por parte del empresario de la cuota obrera a la Seguridad Social que ha descontado del salario del trabajador. A la vista de las dificultades que tiene considerar este hecho como apropiación indebida, dado que en este caso el empresario se apropia de cantidades que son originariamente suyas, un amplio sector doctrinal y la jurisprudencia consideran que hay que incluirlas en el art. 307, que tipifica expresamente las defraudaciones a la Seguridad Social, aunque con ello quedan impunes las apropiaciones que no llegan a la cuantía exigida en dicho precepto, 120.000 euros (véase *infra* capítulo XLIII. Sobre la discusión en el Código penal anterior, véase MUÑOZ CONDE, 12ª/13ª ed., pp. 429 y 430). Un problema similar y la misma solución se plantea con la apropiación de las cantidades retenidas en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF; véanse MARTÍNEZ PÉREZ, 1984/1985, p. 110 y STS 17 octubre 1988: empresario que no entregó en Hacienda los importes del impuesto de lujo pagados por los compradores de automóviles). Este supuesto ha sido tipificado expresamente como delito contra la Hacienda Pública en el art. 305 (véase *infra* capítulo XLIII).

Apropiación de bien perdido

La reforma de 1983 introdujo en el pfo. 2º del art. 535 lo que antes se tipificaba como hurto en el art. 514,2º, castigándose ahora en el art. 253 con la pena de multa de tres a seis meses a «los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años».

Aunque la denominación de apropiación indebida para este supuesto es correcta, hay que advertir que el hecho no es exactamente una apropiación indebida pues la cosa perdida o de dueño desconocido encontrada por alguien no se tiene por ninguno de los títulos mencionados en el art. 252.

Por *bien perdido* ha de entenderse el bien mueble del que accidentalmente está privado su propietario por algún acto que lo ponga fuera de su alcance. A él se equipara la cosa de dueño desconocido. No tiene tal cualidad, sin embargo, la *cosa abandonada*, que puede ser objeto de apropiación por cualquiera, igual que la *res nullius*. La cosa olvidada, por el contrario, está dentro de la esfera de custodia del propietario y su apropiación puede constituir hurto, aunque de hecho puede seguir el mismo régimen que la cosa perdida.

El delito se produce cuando el que se encuentra la cosa perdida o de dueño desconocido se apropia de ella, aunque no es suficiente con que se incumplan los deberes que impone el art. 615 del Código civil.

La jurisprudencia incluye en este delito el apoderamiento del total del tesoro oculto por quien se lo encuentra, aunque con más propiedad cabría hablar de hurto, ya que, en principio, existe una copropiedad del propietario del fundo y del que se encuentra el tesoro que sólo tiene derecho a exigir la mitad del mismo, por lo que el hurto sería de la cuota correspondiente al propietario del lugar donde se encontró. Si la cosa es de interés artístico, histórico, cultural o científico, la pena es de prisión de seis meses a dos años.

Apropiación de cosa recibida por error

El art. 254 castiga con la pena de multa de tres a seis meses al que «habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros».

Se trata de un supuesto de apropiación indebida, en el que, sin embargo, la entrega de la cosa no es reconducible a uno de los títulos citados en el art. 252, de ahí la necesidad de su tipificación expresa para evitar una laguna de punibilidad que tampoco podía salvarse incluyéndolo en el hurto. El delito puede darse también cuando el error lo comete un tercero (por ej., el cartero o el mensajero que entrega un paquete o carta en la dirección equivocada, o el banco que ingresa en una cuenta la cantidad que debería ingresar en otra). El tipo subjetivo requiere el ánimo de apropiación una vez comprobado el error; ánimo de apropiación que se puede manifestar tanto negando haber recibido el objeto, como no procediendo a su devolución (véase RODRÍGUEZ RAMOS, 1982).

El art. 269 prevé el castigo de la proposición, la provocación y la conspiración.

DEFRAUDACIONES DEL FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* MORILLAS CUEVA, *Defraudaciones del fluido eléctrico*, RGLJ 1981; RODRÍGUEZ DEVESA, *Defraudación de energía eléctrica y análogas*, NEJ IV, 1954. *Sobre el Código penal de 1995:* BLANCO LOZANO, *El delito de defraudación de fluido eléctrico*, La Ley 1997.

Antes de su tipificación expresa se dudaba sobre si calificar a la energía como cosa y sobre si habría que encuadrar su apoderamiento entre los supuestos de hurto o de estafa. La jurisprudencia se inclinó, a través de una dudosa interpretación analógica, por incluir estos hechos en el delito de hurto (así, por ej., STS 30 octubre 1910). La polémica se cortó legislativamente con la Ley de 10 de marzo de 1941, que después se incorporó al Código penal de 1944 ocupando una Sección en el Capítulo IV bajo el nombre genérico de «Defraudaciones del fluido eléctrico y análogas». Actualmente dichos delitos

se recogen en la Sección 3ª del Capítulo VI (art. 255), pero se ha añadido la defraudación a través de uso ilícito de equipo terminal (art. 256), mientras que la facturación fraudulenta en perjuicio de los consumidores mediante alteración de aparatos automáticos se tipifica entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el art. 283 (véase *infra* capítulo XXII).

En esta sección se recogen dos tipos distintos:

A) DEFRAUDACIONES DEL FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS

> Se tipifican en el art. 255, que dice así: «Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiere defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:
> 1º. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.
> 2º. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.
> 3º. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos».

La acción consiste precisamente en esta defraudación empleando los medios descritos en la Ley (instalando mecanismos o valiéndose de ellos para la utilización de la energía eléctrica, etc., alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores, o empleando cualesquiera otros medios clandestinos).

Para la consumación se requiere la producción de un perjuicio, que si no llega a los 400 euros constituye sólo una falta del art. 623,4. Caben, por tanto, las formas imperfectas de ejecución cuando no se llega a producir el perjuicio. Es indiferente que los actos sean realizados por el beneficiario o por un tercero (cfr. STS 29 enero 1982 y MORILLAS CUEVA, p. 563).

La amplitud de los objetos materiales (energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos) ha hecho pensar a algunos que aquí se podría incluir la defraudación de toda clase de energías, incluso de la genésica animal (por ej., utilizar sin consentimiento de su dueño un caballo o un toro de raza para la reproducción), lo que ahora con la redacción del número 3º es perfectamente posible (cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 335). Igualmente podría incluirse en este precepto la utilización de mecanismos para la captación de canales de pago, aunque este supuesto es objeto ahora,

tras la reforma de 25 de noviembre de 2003, de tipificación expresa en el art. 286,4, que, sin embargo, a efectos de pena se remite al art. 255.

B) UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TERMINAL DE COMUNICACIÓN

Cuando la utilización de un aparato de telecomunicación (teléfono, fax, etc.) no se lleva a cabo a través de la utilización de un mecanismo, sino directamente abusando de la posibilidad de acceso al mismo por persona no autorizada o utilizándolo sin autorización del titular, se puede producir un perjuicio patrimonial, que cuando es superior a 400 euros constituye el delito previsto en el art. 256, y si no llega a dicha cantidad la falta del art. 623,4. La proliferación del abuso de las llamadas telefónicas desde teléfonos de instituciones públicas para usos privados ha motivado la creación de este precepto, cuyo supuesto de hecho se da, la mayoría de las veces, por un abuso de confianza o por una especie de apropiación indebida de un uso que no es el autorizado por el titular, aunque también puede darse por la llamada subrepticia de alguien que no tiene facultades para utilizar el equipo de telecomunicación, en cuyo caso la autorización del titular falta por definición.

Si el que utiliza indebidamente el terminal de comunicación es un funcionario o autoridad cabe plantearse si resulta o no aplicable el art. 434 (véase *infra* capítulo XLII).

CAPÍTULO XX

Insolvencias punibles: la protección del derecho de crédito. Alzamiento de bienes. Delitos relativos al concurso

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALONSO MONTERO, *La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes,* La Ley 1988; BAJO FERNÁNDEZ, *El contenido de injusto en el delito de quiebra,* ADP 1971; el mismo, *Derecho Penal Económico,* Madrid 1978; el mismo, *Protección penal del crédito,* PJ núm. especial IX, 1989; BUSTOS RAMÍREZ, *Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra,* ADP 1990; CERES MONTES, *Perspectiva jurídico-penal del derecho concursal: la insolvencia punible,* La Ley 1995; CLIMENT DURÁN, *Sobre la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes (Examen de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo),* RGD 1992; COMELLAS SALMERÓN, *Aspectos penales de la quiebra,* Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1975; CÓRDOBA RODA, *Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español,* en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela 1976; DE VICENTE REMESAL, *Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público,* La Ley 1990; DEL ROSAL BLASCO, *Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal,* en La nueva delincuencia I, CDJ 1993 (también en ADP 1994); GONZÁLEZ MONTES, *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal,* Pamplona 1974; JIMÉNEZ ASENJO, *Represión penal del concurso,* ADP 1948; LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles,* Barcelona 1970; MARTÍ SÁNCHEZ, *Algunos aspectos del delito de bancarrota,* Santa Cruz de Tenerife 1962; MONER MUÑOZ, *Protección penal del crédito,* PJ núm. especial IX, 1989; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes,* Barcelona 1971; el mismo, *Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines,* CPC 1977 (también en RJCat. 1977); el mismo, *La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles,* CPC 1977; el mismo, *La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia,* en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989 (también en PJ número especial IX, 1989); PÉREZ VALENZUELA, *La tipificación de las insolvencias punibles en la PANCP,* RGD 1984; PUIG PEÑA, *Alzamiento de bienes,* NEJ II, 1950; el mismo, *Concurso punible,* NEJ IV, 1952; QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes,* Barcelona 1973; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Crisis de una empresa y «alzamiento laboral de bienes», a propósito del artículo 499 bis, penúltimo párrafo. (Comentario a la STS 3 marzo 1993),* PJ 1994; RUIZ ANTÓN, *La doctrina jurisprudencial sobre el delito de quiebra fraudulenta cometido culposamente y la teoría de la participación,* La Ley 1983; RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito,* Madrid 1995; VARIOS, *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias,* Centro de Estudios judiciales,

Madrid 1988; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia,* PJ número especial IX, 1989; VILADAS JANE, *Los delitos de quiebra,* Barcelona 1982.

Sobre el Código penal de 1995: BISBAL MÉNDEZ, *El rompecabezas concursal*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; CERES MONTES, *La insolvencia punible*, La Ley 1996; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *La nueva regulación de las insolvencias punibles*, RMF 1997; CUGAT MAURI, *EL impacto de la nueva Ley concursal en el delito de quiebra*, La Ley 2004; FERNÁNDEZ CAMPOS, *Consecuencias civiles del alzamiento de bienes,* Revista de Derecho Privado 1998; GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Granada 2003; GÓMEZ PAVÓN, *Las insolvencias punibles en el Código penal actual,* CPC 1998; GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, Valencia 2000; el mismo, *Presentación de datos falsos relativos al estado contable en las insolvencias punibles (art. 261 Código penal)*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; el mismo, *Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles*, en Terradillos Basoco/ Acale Sánchez (coords.), Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-italiano de Derecho Penal Económico, Madrid 2004; HUERTA TOCILDO, *Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; JAÉN VALLEJO, *Las insolvencias punibles*, CPC 1996; MIR PUIG/ GALLEGO SOLER, *Responsabilidad civil derivada de los delitos de alzamiento*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1999; el mismo, *El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes,* en Empresa y delito, CDJ 1999; el mismo, *Problemas de autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; el mismo, *Administración desleal e insolvencia punible: Problemas de imputación personal*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; NARVÁEZ BERMEJO, *La autonomía del Derecho penal y del Derecho mercantil en el nuevo delito de insolvencia punible del artículo 260 del Código penal*, AP 1997; NIETO MARTÍN, *Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal*, AP 1996; el mismo, *El delito de quiebra*, Valencia 2000; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Madrid 1997; el mismo, *Transmisiones de bienes fraudulentas*, Madrid 1998; PAREDES CASTAÑÓN, *Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; QUINTERO OLIVARES, *La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales*, RDPC 1998; el mismo, *Las insolvencias punibles en el Derecho penal español*, en Varios, Derecho penal económico, Manuales de formación continuada, CGPJ 2001; REY GONZÁLEZ, *El delito de alzamiento de bienes en el Código vigente y en el nuevo Código (insolvencia punible)*, RDPC 1995; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Acerca de las insolvencias punibles*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; ROFLES MENDIOLAGARAY, *Los delitos de quiebra,* en La quiebra III, Barcelona 1998; SAGRERA TIZÓN, *El derecho concursal en el nuevo Código penal*, RGD 1998; SOBRÓN FERNÁNDEZ, *Las insolvencias punibles, de la alteración de precios en concursos y subastas. De los daños*, RMF 1997; SOTO NIETO, *La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes*, La Ley 2001; URÍA FERNÁNDEZ, *La protección penal de los derechos de crédito de la Hacienda Pública: el delito de alzamiento de bienes. ¿Novedades en el Código penal de 1995?*, Crónica Tributaria 1996; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia 1997; YÁNEZ VELASCO, *Concurso de acreedores y Derecho penal*, Barcelona 2003.

INSOLVENCIAS PUNIBLES: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO

El Capítulo VII del Título XIII trata de las insolvencias punibles. *Bien jurídico común* a todas ellas es el derecho de crédito del acreedor o acreedores, concretado en el derecho a la satisfacción que tienen sobre el patrimonio del deudor en el caso de que éste incumpla sus obligaciones, como contrapartida del deber que tiene el deudor de responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes o futuros en base al art. 1911 del Código civil. La existencia de este derecho a la satisfacción es independiente de su declaración en un título ejecutorio. La responsabilidad del deudor y el consiguiente derecho del acreedor a satisfacerse sólo puede derivarse de una obligación realmente existente, nunca de un título ejecutorio formalmente válido, pero que tiene por base una obligación inexistente. Sin embargo, el derecho de crédito que como bien jurídico se protege en estos delitos tiene algunas particularidades de las que seguidamente pasamos a ocuparnos.

El problema de la naturaleza de las obligaciones: el apartado 2 del art. 257

El principio *pacta sunt servanda* constituye el principio cardinal del Derecho de obligaciones, una de cuyas consecuencias es el nacimiento del derecho de crédito, es decir, el derecho por el que una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, el cumplimiento de una determinada prestación de carácter patrimonial.

Este tipo de relación puede surgir en cualquier clase de actividad intersubjetiva, pero para que pueda calificarse de auténtica relación jurídico-obligacional tiene que darse entre sujetos colocados en pie de igualdad.

El crédito no es un derecho de servicio sobre una persona determinada, ni sobre su actividad. Ello estaría en contradicción con la libertad e igualdad de derechos entre las partes que constituye la base del Derecho de obligaciones, una de las instituciones básicas del Derecho privado.

Ciertamente puede el acreedor influir en la voluntad del deudor, recordándole su obligación y advirtiéndole de las consecuencias de su incumpli-

miento. Pero hasta ahí llegan sus facultades. El cumplimiento de la obligación depende, pues, en principio, de la exclusiva voluntad del deudor.

Por tanto, del Derecho de obligaciones deben excluirse las obligaciones que descansan en presupuestos distintos a los del Derecho privado. Sobre todo deben excluirse de su ámbito las obligaciones de carácter económico de los ciudadanos frente al Estado que se derivan del poder sancionatorio que corresponde a éste, bien como consecuencia del ejercicio del *«ius puniendi»*, bien como consecuencia del poder sancionatorio de la Administración. El ciudadano no es, en estos casos, un simple deudor de obligaciones económicas frente a un acreedor, el Estado, sino el responsable de una infracción que debe soportar una sanción. El mecanismo sancionatorio sólo muy superficialmente puede ser equiparado al de la relación jurídico-obligacional.

Lo mismo sucede con otras «obligaciones» de carácter económico que tiene el ciudadano frente al Estado por razón del poder tributario de éste. La relación jurídica tributaria sólo estructuralmente se parece a la relación jurídica obligacional del Derecho privado y nada tiene que ver con el contenido de ésta. También las facultades del Estado frente al ciudadano son más amplias que las de un simple acreedor privado y las consecuencias del incumplimiento distintas. En parecida situación se encuentran las obligaciones con la Seguridad Social.

No obstante, el legislador ha querido asegurar también el cumplimiento de estas obligaciones a través de los delitos de insolvencia, y para ello ha dispuesto en el apartado 2 del art. 257 lo siguiente:

«Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación *cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda* cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada».

Esta afirmación debe ser matizada al objeto de evitar confusiones con otros delitos. En principio, la elusión del pago de los tributos o de las cuotas de la Seguridad Social constituye los delitos previstos en los arts. 305 y ss. (cfr. *infra* capítulo XLIII), respecto a los cuales las insolvencias punibles de las que nos ocupamos en este capítulo son subsidiarias (en este sentido QUINTERO, Comentarios, p. 1183; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, p. 50). Sólo cuando la frustración del cumplimiento de estas obligaciones no pueda castigarse por los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social vendrán en consideración estos delitos. De todas formas, no deja de ser paradójico que para castigar los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social la cuantía de lo defraudado tenga que ascender en algunos casos a 120.000 euros (cfr., por ej., arts. 305,1; 307,1), y que para castigar un alzamiento de bienes frente a la Hacienda Pública sea suficiente con que la obligación cuya satisfacción se frustra tenga una relevancia económica mínima, y quepa, además, en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social la excusa absolutoria de la *regularización fiscal* (cfr. arts. 305,4 y 307,3, e *infra* capítulo XLIII), que no se permite en las insolvencias punibles (véase MUÑOZ CONDE, Barcelona 1999, pp. 75 ss.). Ningún problema hay, en cambio, en admitir entre los derechos de crédito a proteger por las insolvencias punibles los derechos económicos de los trabajadores (sobre ello, véase MUÑOZ CONDE, 11ª ed., pp. 397 ss.).

La protección del derecho a la satisfacción de los acreedores como bien jurídico específicamente protegido en estos delitos

El derecho de crédito comprende dos intereses diferentes y con distintas consecuencias: por un lado, el derecho al cumplimiento de la obligación; por otro, el derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento. Sólo el último tiene trascendencia para la delimitación del bien jurídico en los delitos de insolvencia.

El nacimiento de una obligación supone para el acreedor siempre el riesgo de que el deudor no cumpla con la prestación debida. Éste es un riesgo normal con el que el acreedor debe contar, aunque puede aminorarlo con los medios del Derecho civil. El Derecho penal no puede forzar el cumplimiento de las obligaciones. El mero incumplimiento es, pues, impune. Pero cuando la conducta del deudor traspasa los límites de la libertad contractual y de su poder de disposición sustrayéndose a las consecuencias de su incumplimiento, ocultando sus bienes y eludiendo así su responsabilidad patrimonial, no son suficientes ya los remedios del Derecho civil. El derecho de crédito, en su vertiente de derecho a la satisfacción, se ve, de esta manera, notablemente perjudicado y es entonces cuando hay que recurrir al Derecho penal.

El incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor carece, como tal incumplimiento, de relevancia como bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia. Sólo cuando ese incumplimiento obligacional va acompañado o se traduce en la frustración del interés del acreedor en satisfacerse en el patrimonio del deudor, porque éste evade los bienes que conforme al art. 1911 del Código civil están adscritos al cumplimiento de las obligaciones, es cuando se justifica la intervención del Derecho penal a través de los delitos de insolvencia, surgiendo el presupuesto objetivo de las llamadas insolvencias punibles.

El *bien jurídico* protegido en estos delitos no es, pues, en ningún caso la evitación del simple incumplimiento de las obligaciones, sino de ese incumplimiento seguido de la frustración de la satisfacción patrimonial de los acreedores por ocultación del patrimonio del deudor (en este sentido la doctrina y la jurisprudencia dominantes; para más detalles, véanse MUÑOZ CONDE, 1971, 1989 y 1999).

Lógicamente, esta frustración de la satisfacción del acreedor es un dato puramente objetivo, cuya constatación no puede dar lugar, sin más, a la existencia de estos delitos.

El derecho de crédito es un derecho que, en última instancia, tiende a satisfacer al acreedor, pero la frustración de ese derecho es penalmente irrelevante si no proviene de acciones del deudor que puedan ser desvaloradas penalmente. El Derecho penal protege este derecho a través de la prohibición de los comportamientos dolosos del deudor que puedan lesionarlo. No existe, pues, en nuestro Derecho la simple

«prisión por deudas» ni es, con la interpretación del bien jurídico aquí propuesta, una consecuencia del carácter patrimonial de estos delitos. Es más, es la propia estructura del derecho de crédito, entendido como un derecho patrimonial, la que posibilita una mejor delimitación del bien jurídico protegido y una interpretación restrictiva de los tipos delictivos.

Una vez hechas estas aclaraciones en relación con el bien jurídico común a todas las insolvencias punibles tipificadas en el Capítulo VII, vamos a ver ahora los aspectos más importantes de los concretos tipos delictivos. Para ello incluimos dentro del alzamiento de bienes las insolvencias previas a juicio ejecutivo universal (arts. 257 y 258), ocupándonos seguidamente de las conductas punibles que se dan en relación con el concurso (arts. 259, 260 y 261).

ALZAMIENTO DE BIENES

Son varios los tipos delictivos contenidos en el Capítulo VII que pueden reconducirse al denominador común de alzamiento de bienes que era, en la regulación anterior, la única tipología que sancionaba penalmente la lesión del derecho de crédito independientemente de un procedimiento ejecutivo universal. En la actual regulación se han querido tipificar expresamente determinadas formas de frustración de la satisfacción del derecho de crédito cuya inclusión en la tipicidad originaria del alzamiento de bienes era, por lo menos, dudosa (véase al respecto, Muñoz Conde, 1971). Sin embargo, la estructura y penalidad de los nuevos tipos coincide con la del alzamiento de bienes propiamente dicho, por lo que se pueden estudiar conjuntamente bajo esta rúbrica.

El alzamiento de bienes propiamente dicho se tipifica en el art. 257,1,1º «El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». A él se equipara en el nº 2º del apartado 1 del mismo artículo al que con el mismo fin (es decir, en perjuicio de sus acreedores) «realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación», y en el art. 258 al «responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente». En los tres casos la pena es prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Autonomía y relación con otras figuras

El alzamiento de bienes que ahora se tipifica en el apartado 1,1º del art. 257 figura desde el Código penal de 1848 como un tipo autónomo frente a las demás insolvencias y defraudaciones.

Esta autonomía se oscureció posteriormente, sobre todo frente al delito previsto en el art. 260, debido, por una parte, a que el Código de comercio incluyó el alzamiento de bienes en su art. 890 como primer supuesto de la entonces existente quiebra fraudulenta (del mismo modo que ahora la Ley Concursal considera en su art. 162,2,4º que ha de calificarse el concurso como culpable si ha habido alzamiento de bienes), y, por otra, a que el Código penal vigente aplica al alzamiento una pena más leve que al mismo hecho cuando se da en un concurso y tiene que castigarse en base al art. 260 (cfr. *infra*). Ante esta discordancia legislativa cabe preguntarse en el caso de que exista un alzamiento de bienes, qué delito es el que se ha cometido, si el de alzamiento de bienes (art. 257) o el relacionado con el concurso (art. 260). En mi opinión, el art. 257 es de preferente aplicación en todos los casos en que la actuación de la jurisdicción penal surja independientemente del procedimiento que se lleve a cabo en el correspondiente procedimiento concursal. Esta tesis viene confirmada por el apartado 3 del art. 257, que dispone que el delito de alzamiento de bienes previsto en dicho artículo será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal (véase también *infra*: delitos relativos al concurso; sobre otros criterios de distinción, véase Quintero Olivares, 1998).

De la estafa se distingue por la no exigencia en el alzamiento del engaño previo (cfr. STS 20 enero 1989). De los tipos especiales de estafa: enajenación de cosa gravada y otorgamiento de contrato simulado, se distingue el alzamiento, además de por el engaño previo, por los distintos sujetos pasivos: acreedor en el alzamiento, no acreedor en los otros delitos. De la apropiación indebida, por la distinta cualidad del objeto material, los bienes, que en el alzamiento son propios y en la apropiación indebida, ajenos (para más detalles y sobre las diferencias con otros delitos, véanse Muñoz Conde, 1977, pp. 37 ss., y Barcelona 1999, pp. 189 ss.).

Tipo objetivo

El tipo objetivo de todos los delitos que hemos incluido bajo el nombre de alzamiento de bienes descansa en la existencia de una

relación jurídica obligacional que debe ser preexistente a la comisión del delito, aunque no es necesario que esté vencida. La determinación de la existencia de este presupuesto lo hará el Tribunal de lo penal con total independencia; aunque, en los casos en que ese presupuesto sea objeto de litigio ante otro Tribunal (no penal), deberá esperar a la resolución de éste, no para quedar vinculado a su decisión, sino para tenerla en cuenta como un hecho más (*cuestiones prejudiciales*; STS 4 julio 1980).

El momento del nacimiento de la relación jurídica obligacional y su incidencia en el delito de alzamiento de bienes: análisis del art. 258

Otro problema interesante, que ya puse de relieve en su día (MUÑOZ CONDE, 1971, p. 135), es el de si se puede decir que existe ya una obligación en el caso de alzamiento dirigido a frustrar una futura reclamación de alimentos del hijo ya concebido, pero aún no nacido. Por las razones ya dichas allí, sigo considerando que siendo el derecho de alimentos un derecho claramente favorecedor del *nasciturus* es aplicable aquí el art. 29 del Código civil y se puede estimar, por tanto, existente tal obligación desde el momento en que se pueda hablar de vida humana dependiente. Un problema distinto es que, por imperativo del art. 268,1 (excusa absolutoria), este alzamiento, como otros para frustrar deudas alimentarias familiares, no sea punible. El art. 268,1 se convierte así en un valladar inexpugnable para castigar por vía penal los alzamientos de bienes en perjuicio de los parientes allí mencionados. La cuestión es aún más penosa si se tiene en cuenta que muchas veces tampoco es posible aplicar el delito de abandono de familia, ni el de impago de prestaciones acordadas judicialmente (cfr. *supra* capítulo XIII; para más detalles, véase MUÑOZ CONDE, Barcelona 1999, pp. 86 y 226 ss.).

Más discutible es el ámbito de aplicación del art. 258, que castiga la frustración de las responsabilidades civiles futuras que se deriven de la comisión de cualquier hecho delictivo. Este precepto plantea el problema de que mientras no haya condena por el hecho delictivo no sabremos si el que lo cometió será responsable del mismo y, en consecuencia, será condenado también a satisfacer las responsabilidades civiles que se puedan derivar. De ahí que la existencia del presupuesto del tipo delictivo y del propio delito quede supeditada a la condena penal por el delito originariamente cometido (homicidio, lesiones, agresión sexual, etc.) que genere también las responsabilidades civiles frustradas durante (o antes de) la tramitación del proceso penal, por lo que el Juez o Tribunal que entienda del alzamiento de bienes deberá suspender el procedimiento hasta que se resuelva como *cuestión prejudicial* (art. 4 LECrim.) si efectivamente hubo o no una obligación (para más detalles, MUÑOZ CONDE, 1971, p. 96. Sobre el sentido y alcance del art. 258, MUÑOZ CONDE, Barcelona 1999, pp. 79 ss.; para NIETO MARTÍN, 1996, p. 768, la sentencia condenatoria del delito cuya responsabilidad se evade es una condición objetiva de penalidad).

De esta relación jurídica obligacional se derivan los sujetos: deudor y acreedor.

El *sujeto activo* del delito de alzamiento de bienes sólo puede ser el *deudor*. Debe considerarse este delito, por tanto, como un delito especial, en el que sólo puede ser autor el que ostenta tal cualidad de deudor y de propietario de los bienes alzados.

Antes de la introducción en 1983 en el Código penal anterior del art. 15 bis, que posibilitó la atribución de responsabilidad penal a los órganos de las personas jurídicas que actúan en nombre y representación de éstas sin tener la cualidad de deudor exigida en estos delitos, existía una laguna de punibilidad difícilmente salvable por vía interpretativa. Al ser la personalidad de la persona jurídica distinta de la de los miembros de sus órganos de gestión, sus socios, etc., y su patrimonio también distinto del de éstos, las condiciones personales exigidas en el tipo, la de deudor y propietario de los bienes alzados, no se daban en los miembros de los órganos de gestión que actúan en su representación. Estas personas no podían, por tanto, ser nunca consideradas autores en sentido estricto de un delito de alzamiento de bienes.

La laguna de punibilidad se subsana ahora con lo dispuesto en el art. 31 del Código penal. A partir de este precepto se puede atribuir *ex lege* a tales personas las cualidades que exige el tipo, en este caso la de deudor, al que «actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro». Ya anteriormente la jurisprudencia, movida por razones de justicia material fácilmente comprensibles, castigaba por alzamiento o por quiebra en calidad de autores a los representantes, administradores, etc., de sociedades mercantiles que enajenaban, ocultaban o distraían el patrimonio de estas sociedades en perjuicio de los acreedores de éstas (véanse SSTS 4 abril 1931, 1 diciembre 1969 y 19 enero 1974; sobre la situación anterior a 1983 véase MUÑOZ CONDE, 1977). Pero de ese modo se procedía a una ampliación del círculo de autores posibles en las insolvencias punibles incompatible con el respeto al principio de legalidad. Es evidente la necesidad político-criminal de incriminar estos hechos que están a la orden del día, sobre todo en el ámbito de las sociedades anónimas y en relación con las insolvencias fraudulentas de éstas, pues precisamente el anonimato y la responsabilidad patrimonial limitada impiden, no ya sólo legalmente sino materialmente también, la extensión de la responsabilidad criminal a las personas físicas que las componen.

El art. 31 es aplicable también al «administrador de hecho», que sin tener ningún cargo o representación domina o controla la persona jurídica, lo que de hecho supone que en estos delitos se admita un «concepto fáctico de deudor», hace ya algún tiempo aceptado por la jurisprudencia (cfr. SSTS 24 julio 1989, 6 marzo 1990, 20 mayo 1996, aunque en esta última se trataba de un delito fiscal), no del todo exento de objeciones (críticos frente a esta jurisprudencia, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, p. 42; más matizadamente, MUÑOZ CONDE, Barcelona 1999, pp. 102 ss.).

Sujeto pasivo es el acreedor o acreedores titulares del bien jurídico protegido afectado por la acción del deudor.

La *acción* consiste en el delito del apartado 1,1º del art. 257 en «alzarse», una antigua expresión que debe interpretarse en el sentido de «insolventarse». En los otros tipos de alzamiento de bienes se especifican diversas maneras de provocar la insolvencia: realizar cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones (art. 257,1,2º), realizar actos de disposición o contraer obligaciones que disminuyan el patrimonio (art. 258). Todas estas modalidades de la acción pueden reducirse a la ocultación material de los bienes del deudor (cosa mueble), o a su desaparición sirviéndose de medios jurídicos, bien por disminución del activo o bien por aumento del pasivo. En el alzamiento de bienes previsto en el nº 2º del apartado 1 del art. 257, la acción debe realizarse para impedir la eficacia de un embargo o procedimiento similar ya iniciado o de previsible iniciación, pero esto no quiere decir que las insolvencias realizadas antes de este momento sean impunes, ya que en todo caso puede aplicarse el nº 1º del mismo apartado. La STS de 23 de julio de 2001 considera que el art. 257,1,2º castiga la *preterición de acreedores*, pero esto, a mi juicio, sólo puede ser delictivo en base al art. 259 (cfr. *infra*), y no cuando el deudor aún es libre de pagar al acreedor que quiera (RODRÍGUEZ MOURULLO, p. 1167, considera que la tesis jurisprudencial es conforme con el tenor literal del art. 257,1,2º). En el delito previsto en el art. 258 la acción debe realizarse con posterioridad a la comisión del hecho delictivo cuya responsabilidad civil se quiere frustrar, pero antes de la condena penal por ese hecho; si se realizare después de este momento sería aplicable el nº 1º del apartado 1 del art. 257.

En todo caso, como consecuencia de alguna de las acciones descritas en el párrafo anterior debe producirse un estado de *insolvencia*, que puede definirse como la creencia generalizada de que una persona se encuentra en una situación económica tal que no le permite responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Se trata de un dato fáctico que no necesita especial declaración, a diferencia de la insolvencia en el concurso (véase *infra*). La insolvencia tal como aquí se considera puede ser real o aparente, total o parcial (véase art. 258), basta con la creencia generalizada de que el deudor no puede responder con su patrimonio por el incumplimiento de sus obligaciones. En todo caso, debe distinguirse la insolvencia del perjuicio de los acreedores. Normalmente insolvencia y perjuicio suelen coincidir, pero pueden distinguirse conceptualmente y de hecho lo son también en la práctica. La cuestión tiene importancia a la hora de estimar el momento consumativo. Si se considera que el resultado consiste en un perjuicio efectivo y material en el patrimonio de los acreedores, la simple constatación de un estado de insolvencia que no llega a producir ese efectivo perjuicio deberá estimarse como forma imperfecta de ejecución, como tentativa. Lo que no puede hacerse en ningún caso es confundir la insolvencia con el perjuicio. El descubrimiento del deudor en el momento de atravesar la frontera o de coger el avión llevando en sus maletas todo el patrimonio convertido en alhajas, dinero, etc., la simulación de créditos que luego no son reconocidos como tales, el pago de la deuda una vez alzados los bienes ante la amenaza de denuncia por parte del acreedor, etc., son hechos en los que se reflejan estados de insolvencia, aparente por supuesto, en los que ese perjuicio efectivo y material, como empeoramiento, valorable económicamente, de la situación patrimonial de los acreedores, no se da. El perjuicio no consiste, por tanto, en una simple puesta en peligro del derecho a la satisfacción de los acreedores, sino en su lesión efectiva. Si se dice que debe producirse un perjuicio para consumar el delito, deberá exigirse esa efectiva lesión patrimonial; si no se exige, no puede decirse entonces que sea el perjuicio el resultado típico del delito de alzamiento de bienes.

La distinción entre insolvencia y perjuicio debe y puede hacerse. A mi juicio, no es necesaria la producción de un perjuicio efectivo para consumar el delito de alzamiento de bienes, bastando para ello con la constatación del estado de insolvencia entendida en el sentido aquí expuesto. Me lleva a esta conclusión, entre otras razones, un argumento dogmático bastante importante: el alzamiento de bienes, a diferencia de casi todas las demás defraudaciones y a diferencia sobre todo de las demás insolvencias punibles (concurso), no se castiga en función de la cuantía del perjuicio o de la defraudación patrimonial producida, sino con una pena unitaria que es independiente en su graduación de la entidad del perjuicio producido.

Objeto material de todas las modalidades de alzamiento son los bienes propiedad del deudor. En ellos deben comprenderse tanto los materiales como los inmateriales, los muebles e inmuebles y también los créditos. Pero todos ellos deben tener la cualidad de embargables y estar afectos al cumplimiento de las obligaciones que impone el art. 1911 del Código civil.

Tipo subjetivo

En el art. 257 se exige que la acción se realice «en perjuicio de los acreedores» y en el art. 258 «con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles». Tales expresiones han de entenderse en el sentido de que el deudor debe tener conciencia de que perjudica a sus acreedores, al frustrar intencionalmente la satisfacción a que éstos tienen derecho, con actividades fraudulentas sobre su propio patrimonio. El perjuicio no es un elemento del tipo objetivo y la intención a él referida es, por consiguiente, distinta del dolo que juntamente con ella sirve para fundamentar el elemento subjetivo de la tipicidad en el delito de alzamiento de bienes.

Causas de justificación

Si el deudor, al no poder atender a todos sus acreedores, paga a uno de ellos en detrimento del derecho de los demás (*favorecimiento de acreedores*), su conducta quedará justificada siempre que se trate del pago congruente de una obligación exigible y no exista ya un procedimiento concursal en el que se haya asignado una prelación a los créditos, en cuyo caso será aplicable el art. 259 (cfr. STS 20 enero 1989).

Autoría y participación

Como antes se ha dicho, el alzamiento de bienes es un delito especial en el que sólo puede ser autor en sentido estricto el deudor, entendiendo por tal también al amparo del art. 31 al administrador de hecho o de derecho. La participación se rige por las reglas generales. El no deudor que se presta a colaborar con el deudor en maniobras de ocultación fraudulenta del patrimonio de éste puede responder por cooperación necesaria o complicidad. Cabe también la autoría mediata y la coautoría, aunque en este caso no es necesario que los coautores

(por ejemplo, los miembros de un Consejo de administración de una sociedad anónima) intervengan directamente en la ejecución del hecho, bastando que conforme al organigrama y división de funciones dentro de la sociedad tengan el *dominio funcional del hecho* (Muñoz Conde, Barcelona 1999, pp. 178 ss.).

DELITOS RELATIVOS AL CONCURSO

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, nació con la finalidad de acabar con el arcaísmo y la dispersión de las normas vigentes en esta materia y de regular un único procedimiento de concurso para supuestos de insolvencia (que se define como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones), acabando con la diferenciación entre procedimientos para el tratamiento de la insolvencia de comerciantes (quiebra y suspensión de pagos) y no comerciantes (concurso de acreedores y quita y espera). Por su parte, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado los arts. 259, 260 y 261 Cp para adaptarlos a la Ley Concursal. Pero esta reforma apenas ha afectado al contenido de estos preceptos, limitándose a sustituir en ellos las referencias a la «quiebra» y a la «suspensión de pagos» por la genérica que utiliza ahora la Ley concursal de «concurso», y a sustituir en el art. 259 la expresión acreedor «preferente» por la de «privilegiado» (sobre el alcance de esta reforma véase Cugat Mauri).

A) CONCURSO PUNIBLE: ART. 260

Dice el art. 260,1: «El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre».

El presupuesto jurídico civil: la previa declaración de concurso

Como ya hemos dicho, además de los distintos supuestos de alzamiento de bienes tipificados en los arts. 257 y 258, se recogen en el Capítulo VII otros delitos con grandes parentescos morfológicos y un denominador común: la intervención de la jurisdicción penal tiene que ir forzosamente precedida por la iniciación de un procedimiento ejecutivo universal en la jurisdicción civil. En relación al delito de concurso punible, en concreto, sólo podrá procederse por lo penal cuando se haya declarado un concurso. Este requisito previo constituye una *condición objetiva de penalidad* en estos delitos de concurso, no siendo necesario para proceder por el delito de alzamiento de bienes.

Para proceder por delito concursal no es necesario, sin embargo, que el proceso civil haya concluido, sino sólo que haya llegado a la fase de declaración del concurso (art. 260,3). Pero como dispone el art. 257,3, si antes del inicio del procedimiento concursal se detecta un alzamiento de bienes, este delito podrá ser perseguido independientemente del proceso civil que se inicie. Y lo mismo puede decirse de cualquier otro delito que pueda haberse cometido o detectado antes del inicio del procedimiento civil (apropiación indebida, estafa, falsedad documental, etc.), aunque, en todo caso, si el hecho que determina la insolvencia ha sido ya juzgado como un delito independiente de alzamiento de bienes, apropiación indebida, etc., no podrá volver a ser juzgado por el art. 260 (MUÑOZ CONDE, Barcelona 1999, pp. 198).

La autonomía de la jurisdicción penal frente a la jurisdicción civil

Aunque para proceder por el art. 260 sea, pues, necesaria la previa declaración de concurso, esto no quiere decir que el Derecho penal esté vinculado a los pronunciamientos dados en otras ramas del Derecho. A este respecto, y para evitar algunas dudas y tesis jurisprudenciales mantenidas antiguamente, el apartado 4 del art. 260 dice expresamente que «en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal» (véase también art. 163,2 de la Ley Concursal). Así, la Ley Concursal establece que el concurso ha de calificarse como culpable o fortuito, debiéndose calificar como culpable (art. 164,1) cuando ha habido «dolo» o culpa grave del deudor. Sin embargo, el que un concurso haya sido calificado en lo civil como culpable por la existencia de dolo no significa que automáticamente haya que exigir una responsabilidad penal, pues el Tribunal penal puede apreciar que la conducta no es penalmente dolosa, o que no es antijurídica o que el sujeto no es culpable (sobre la doctrina y la jurisprudencia sobre la regulación del Código penal anterior, cfr. MUÑOZ CONDE, 12ª/13ª ed., p. 448). Los conceptos penales de dolo, antijuricidad o culpabilidad siguen conservando su autonomía (véase STS 13 junio 1959 y en el mismo sentido QUINTANO III, pp. 87 ss.; LANDROVE DÍAZ, pp. 89 ss; VILADAS JANE, pp. 105 ss.). La necesidad de mantener dicha autonomía puede verse claramente en el hecho de que en el ámbito civil, en atención a las finalidades que allí se persiguen, se establecen presunciones de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario (por ejemplo, cuando el deudor no lleva la contabilidad a la que está obligado o cuando incumple el deber de solicitar la declaración del concurso, véase art. 165 de la Ley Concursal), presunciones que en el ámbito penal no son posibles.

Por las mismas razones, según dispone el art. 260,3, el delito concursal y los delitos singulares relacionados con él podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste, aunque obviamente la persecución del concurso supone la previa declaración civil de los mismos (cfr. QUINTERO OLIVARES, 1998, p. 122).

Tipo objetivo

Aunque autor en sentido estricto sólo puede serlo el *deudor declarado en concurso*, el art. 260,1 menciona también al «que actúe en su nombre», pensando sobre todo en el caso de los órganos de gestión de las personas jurídicas, sociedades mercantiles, etc., y en los representantes legales de menores, incapaces, etc.; pero dicha mención no era necesaria, por cuanto el art. 31 permite ya de un modo general esta ampliación de la responsabilidad penal.

Respecto a la acción, el Código penal ha simplificado enormemente la regulación tradicional, desvinculando la tipicidad penal de la regulación extrapenal civil o mercantil, que convertía estos delitos en puras *normas penales en blanco* (véase sobre esta regulación MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 360 ss.). Ahora se hace recaer el acento en que la *insolvencia* haya sido causada o agravada dolosamente. La insolvencia a la que aquí se alude no es, sin embargo, la misma que en el alzamiento de bienes, puesto que en el concurso hay un previo juicio ejecutivo que precisamente sirve para establecer y declarar la insolvencia y las causas de la misma. Pero para exigir responsabilidad penal hay que determinar si las conductas han sido la causa o la agravación de esa insolvencia. Conductas de este tipo *pueden* ser, por ejemplo, las que se describen en el art. 165 de la Ley Concursal, como supuestos que dan lugar al concurso culpable (alzamiento de bienes, llevanza de doble contabilidad, etc.). Estas conductas son ya de por sí suficientemente idóneas para causar la insolvencia o agravarla; pero es, en definitiva, el Juez penal el que decidirá el valor de las mismas en orden a la exigencia de una responsabilidad penal.

A la vista de todo lo expuesto se puede decir que el tipo de injusto del art. 260 es, *desde el punto de vista objetivo*, la causación o agravación de un estado de insolvencia, entendiendo en este caso por tal

no sólo la cesación de pagos, sino también el perjuicio efectivo y material, más o menos importante, de los derechos de crédito, tal como quede demostrado en el correspondiente juicio ejecutivo universal previo.

Tipo subjetivo

Es necesario, además, que la causación o agravación de ese estado de insolvencia se realice dolosamente.

Penalidad

El art. 260,2 dispone que para graduar la pena se tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo dispone que tanto este delito previsto en el art. 260, como los delitos singulares relacionados con él, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa (cfr. QUINTERO OLIVARES, 1998, p. 122; NIETO MARTÍN, 2000, pp. 217 ss.; y lo dicho *supra* respecto a la autonomía del alzamiento de bienes).

B) FAVORECIMIENTO DE ACREEDORES: ART. 259

Como ya se dijo respecto al delito de alzamiento de bienes, el deudor es, en principio, libre, cuando carece de bienes suficientes para pagar a todos sus acreedores, para pagar a uno de ellos con preferencia a los demás, siempre que sea un pago congruente y no exista ya un procedimiento en el que se haya asignado una prelación de créditos. Pero, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, el art. 259 castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al deudor que, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales y fuera de los casos permitidos por la Ley, realizare cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto. En realidad, se trata de evitar la connivencia entre el deudor y algunos acreedores en perjuicio de otros, algo bastante frecuente en los procedimientos concursales; pero también un posible alzamiento de bienes con ayuda de terceros, que pueden ponerse de acuerdo con el deudor para simular créditos y luego reclamárselos.

C) PRESENTACIÓN DE DATOS FALSOS: ART. 261

Independientemente del art. 260, el art. 261 castiga con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses al que «en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel». Este hecho ya de por sí constituye uno de los supuestos que determinan en el art. 164,2,2º de la Ley Concursal la calificación del concurso como culpable; pero el Código penal le da un tratamiento autónomo, porque más que una forma de causación o de agravación de la insolvencia es una especie de obstaculización a la labor de clarificación de la situación económica del deudor, que es precisamente el objeto del procedimiento concursal y que lógicamente sólo se puede averiguar de un modo general a través de la presentación del estado de cuentas.

CAPÍTULO XXI

II. Delitos patrimoniales sin enriquecimiento: Daños. Daños en cosa propia

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BARRÓN DE BENITO, *La referencia a la cuantía del seguro obligatorio como condición objetiva de penalidad de los ilícitos culposos con resultado de daños,* AP 1990; CORCOY BIDASOLO, *Protección penal del sabotaje informático,* La Ley 1990; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes,* PJ núm. especial XII, 1990; JORGE BARREIRO, Agustín, *El delito de daños en el Código penal español,* ADP 1983; NIN DE CARDONA, *El pastoreo abusivo,* Madrid 1948; POLAINO NAVARRETE, *Pastoreo abusivo doloso con causación de daños,* en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; el mismo, *Daños en objeto de ornato, recreo o utilidad pública,* en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; QUINTANO, *El delito de daños,* REP 1951; el mismo, *Dogmática del delito de daños,* RGLJ 1954; el mismo, *Daños,* NEJ VI, 1954; ROMEO CASABONA, *Los delitos de daños en el ámbito informático,* CPC 1991; RUIZ ANTÓN, *El delito de daños en las cosas (Art. 563),* en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Los delitos de daños,* Pamplona 1994; el mismo, *Breve estudio de los delitos de daños y algunas propuestas para su reforma,* AP 1995; SUAY HERNÁNDEZ, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños,* Barcelona 1991.

Sobre el Código penal de 1995: ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Los daños a objetos de las Fuerzas Armadas,* La Ley 1997; el mismo, *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas,* Burgos 1999; MARÍN LÓPEZ, *Daños dolosos y seguro obligatorio del automóvil,* La Ley 1997; SOTO NIETO, *Condena penal por daños dolosamente causados con vehículo de motor,* La Ley 1997; el mismo, *Daños dolosamente causados por la conducción. Una polémica que perdura,* La Ley 2001.

Sobre los daños en cosa propia véase *infra*.

II. DELITOS PATRIMONIALES SIN ENRIQUECIMIENTO

Componen el grupo aquellos delitos patrimoniales en los que la Ley prescinde del enriquecimiento, real o posible, del que los realiza, colocando el fundamento de su punición en la destrucción o deterioro de alguna cosa del patrimonio ajeno (y a veces, excepcionalmente, de alguna cosa propia).

A esta razón obedece el delito de daños tipificado en el Capítulo IX del Título XIII. Pero también se puede estudiar aquí por su parentesco morfológico la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, tipificada en el Capítulo XII del mismo Título, aunque como después veremos incide más en el orden socioeconómico que en uno puramente patrimonial.

DAÑOS

Concepto

1. En el Código penal no se da un concepto de daños. El art. 263 sólo habla de «el que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código», con lo que da a entender que hay otros delitos de daños que, por afectar a otros bienes jurídicos más específicos, se tipifican en otros lugares (cfr. por ej., arts. 289, 323, etc.), pero en ningún sitio se dice qué se debe entender por daño.

Aunque se pueda entender el «daño» en un sentido normativo como todo empobrecimiento en el patrimonio ajeno, es preferible un concepto más descriptivo, ya que el concepto normativo produce una confusión entre el daño como causa y el perjuicio patrimonial como efecto. El daño al que se refiere el Código penal tanto en este Capítulo IX del Título XIII, como en otros lugares, supone la destrucción o menoscabo de una cosa independientemente del perjuicio patrimonial que el daño pueda ocasionar. La prueba de ello es que el delito de daños se castiga, en principio, atendiendo al valor de la cosa dañada y no al del perjuicio patrimonial producido, que sólo tiene interés para determinar la responsabilidad civil nacida del delito (arts. 116 y ss. Cp y 1902 Cc); únicamente en el tipo cualificado del número 5º del art. 264,1 se tiene en cuenta el empobrecimiento patrimonial («que arruinen al perjudicado») para agravar la pena. Sólo con este entendimiento puramente descriptivo del daño patrimonial se comprende que pueda existir un delito de daños aunque éste produzca un enriquecimiento del titular de la cosa dañada (así, por ej., la muerte de un animal enfermo o el derribo de una casa en ruinas, cuyo mantenimiento es muy costoso). Esta concepción del daño no significa, sin embargo, que la cosa dañada no tenga que tener un valor patrimonial, por escaso que sea. En todo caso la cosa dañada debe tener algún valor patrimonial económicamente valorable, porque sólo así puede determinarse la gravedad de la pena y considerarse los daños como un delito contra el

patrimonio. Quedan excluidos de este delito, por tanto, los llamados «daños morales» que sólo son indemnizables por la vía de la responsabilidad civil (cfr. art. 113 Cp; en este sentido también Andrés Domínguez, 1999, p. 122).

2. El delito de daños supone, en definitiva, que se quite o disminuya el valor de la cosa dañada, lesionando su esencia o sustancia.

Es discutible si la alteración de su valor de uso o de su destino se incluye también en el delito de daños.

> No creo que comportamientos como el dejar en libertad un pájaro o un animal salvaje puedan entenderse, literalmente hablando, como «daños» al animal, aunque desde el punto de vista económico el perjuicio para su propietario sea igual que si se le matara o lesionara. Pero, aparte de la diferenciación ya citada entre daño de la cosa y perjuicio patrimonial, lo que aquí se cuestiona es si cabe, sin incurrir en analogía prohibida, abarcar en el concepto de *daños* conductas que no inciden en la cosa misma, sino en su posibilidad de uso. Poner un «cepo» al coche impide su utilización, pero no supone un daño del mismo, igual que no lo es desinflar las ruedas, aunque sí pincharlas. Probablemente algún caso de alteración del valor del uso implique ya alguna alteración de la sustancia o esencia de la cosa (por ej., abrir el grifo del agua con la consiguiente pérdida no recuperable de la misma), pero me parece excesivo calificar automáticamente de *daño* de una cosa toda alteración del valor de uso de la misma (de la misma opinión Andrés Domínguez, 1999, p. 141, que considera que lo que ella llama *daño funcional*, o ataque al valor de uso, no integra el desvalor de acción necesario para la constitución del injusto; así, por ej., bloquear un garaje, esconder unas llaves de contacto o aplicar silicona a la cerradura de un automóvil impide el uso del mismo, pero no constituye un daño material del vehículo; cfr. también *supra* capítulo VI: coacciones).
>
> Por otro lado, a veces hay un amplio lapso de tiempo entre la producción del daño y la acción que lo causó. Sucede esto, por ej., en los daños en la construcción (grietas en las paredes, daños en los cimientos debidos a la utilización de materiales deficientes). Aunque el Código civil exime de responsabilidad al constructor una vez que hayan transcurrido diez años (la llamada *responsabilidad decenal*), entiendo que, en tanto pueda afirmarse una conexión causal conforme a las reglas de la imputación objetiva (incremento del riesgo, realización del mismo, etc.) entre la acción y el resultado, cabe exigir responsabilidad por los daños. La *prescripción* sólo comenzará a computarse desde el momento de la consumación del delito, es decir, desde la producción del resultado.

Tipo objetivo

La *acción* puede realizarse por cualquier medio (sin perjuicio de que el uso de ciertos medios pueda dar lugar a la existencia de otros delitos como el incendio, los estragos, la manipulación de sustancias

radioactivas, etc.; véase *infra* capítulo XXVI). Es posible la comisión por omisión: por ejemplo, dejar morir de hambre a un animal, naturalmente siempre que se den los requisitos exigidos en el art. 11.

El *objeto material* es una cosa ajena. Por tanto, el delito de daños lesiona el bien jurídico de la propiedad y puede ser cometido también por el poseedor de la cosa (en el art. 289 también puede ser sujeto activo el propietario, pero precisamente por esto debe considerarse como un delito más afín al orden socioeconómico que al patrimonial, véase *infra*). Es indiferente que la cosa sea mueble o inmueble, pero ha de ser corporal y susceptible de deterioro o destrucción. Los malos tratos a animales, las lesiones inferidas a los mismos, pueden ser también considerados como daños en concurso con el delito del art. 337 o la falta prevista en el art. 632,2.

El resultado ha de ser la destrucción o inutilización de la cosa sobre la que recae la acción (caben teóricamente las formas imperfectas de ejecución).

Un caso límite lo constituye el *sabotaje informático por virus*. Si el virus afecta al funcionamiento del aparato de un modo relevante o destruye alguno de sus programas, habrá daños, *pero* si el ordenador afectado actúa más lentamente pero no es destruido o alterado en su esencia o prestaciones como tal, ni en sus programas, difícilmente se podrá hablar de daños (a favor de la existencia de un delito de daños, Corcoy Bidasolo). En el apartado 2 del art. 264 se prevé como tipo cualificado la destrucción, alteración, inutilización o cualquier clase de daño de los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. La determinación del valor patrimonial es en muchos de estos casos difícil de realizar, porque lo relevante no es muchas veces el daño material del aparato o soporte informático, sino la destrucción de los datos en él contenidos, y ésta a su vez puede ser menos grave si hay copias de seguridad de los mismos. Pero de nuevo nos encontramos aquí con la necesidad de distinguir entre el daño material (constitutivo del delito o falta de daños) y el perjuicio patrimonial (o moral) que sólo puede ser, en principio, valorado a efectos de determinar la responsabilidad civil.

Tipo subjetivo

Aunque el delito de daños es un delito eminentemente doloso, el Código penal prevé expresamente en el art. 267 el castigo de los daños

causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (pena: multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos).

Pero la persecución penal de la comisión imprudente de este delito queda supeditada a la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo cuando se trate de menor de edad, incapaz o persona desvalida, en cuyo caso podrá denunciar el Ministerio Fiscal. El perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del art. 130 (art. 267; cfr. también art. 324).

TIPOS LEGALES

En el Código se recogen en el Capítulo IX con abundante casuismo una serie de tipos diferentes de daños sobre cosas ajenas. Además en el art. 289, único del Capítulo XII, se castigan daños en cosa propia de utilidad social y en el Libro III se tipifican los daños constitutivos de faltas.

Tipo básico

> En el art. 263 se castigan con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros, al que causare «daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código»; y en el art. 625,1 se castiga con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días a los que intencionadamente causaran daños cuyo importe no exceda de dicha cantidad.

Tanto uno como otro precepto se refieren a los daños dolosos (los daños por imprudencia grave sólo son delito en el caso previsto en el art. 267, véase *supra*). A ellos deben reconducirse, por tanto, los daños que no sean incluibles en los demás preceptos relativos a este delito.

En el art. 626 se castiga como falta con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad a los que «deslucieren» bienes inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios; una muy leve sanción para las «pintadas» y demás formas vandálicas de ensuciamiento de edificios que, aunque no queden por ello destruidos o alterados en su integridad

material, se ven afectados en su estética o apariencia externa y consiguientemente en sus fachadas que deben ser repintadas, reparadas, etc., en cuantía normalmente superior a los 400 euros.

Tipos cualificados

1. En el art. 264,1 se castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses al que causare los daños expresados en el artículo anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes:

> «1º. Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.
> 2º. Que se cause por cualquier medio infección o contagio de ganado.
> 3º. Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.
> 4º. Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.
> 5º. Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica».
> Además, el apartado segundo de este artículo aplica también la misma pena en caso de daños en material informático (cfr. *supra*).

2. En el art. 265 se castiga con pena de prisión de dos a cuatro años, si el daño causado excediere de cincuenta mil pesetas, al que «destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

> La LO 15/2003, de 25 de noviembre, que ha sustituido por euros las cantidades expresadas en pesetas, se ha olvidado del art. 265, por lo que habrá que seguir aplicando aquí las previsiones de la Ley Orgánica 10/1998, de 17 de diciembre, Complementaria de la Ley sobre Introducción del Euro, cuyo art. 2,1 establece que las referencias contenidas en las leyes orgánicas (como el Código penal) a importes monetarios expresados en pesetas se entenderán también realizadas al correspondiente importe monetario expresado en euros que se obtenga con arreglo al tipo de conversión (1 euro equivale a 166'386 pesetas) y, *en su caso*, redondeado con arreglo a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley sobre Introducción del Euro. Es decir, en este caso, 300,50 euros (y no 400, como es habitual, tras la reforma de 2003, en los delitos patrimoniales).

Especial consideración del art. 266

La Ley 7/2000, de 22 de diciembre, «cubriendo —dice en su Exposición de Motivos— determinadas lagunas técnicas apreciadas en la redacción actual» y queriendo darle un régimen punitivo más severo a los daños tipificados en los arts. 263, 264 y 265 cuando se producen «mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva», ha reformado, entre otros, el art. 266. Ningún problema hay en apreciar las cualificaciones contenidas en este precepto en lo que se refiere a los daños puramente materiales, cuando se producen como consecuencia de un incendio o de medios destructivos de gran potencia, pero sin riesgo para la vida o la integridad de las personas. Pues en estos casos los correspondientes delitos de estragos (art. 346) o de incendio del art. 351 no son aplicables, ya que exigen dicha puesta en peligro. Así, por ejemplo, el incendio de un autobús después de haber hecho bajar a sus ocupantes, o la voladura de un puente o unas oficinas, sin peligro para la vida o la integridad de las personas, entran dentro de este régimen cualificado, que a su vez puede dar lugar a la aplicación de sus penas en su mitad superior cuando el hecho se cometa con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, tal como dispone el art. 577 («terrorismo urbano»).

Pero la cuestión se complica en los casos, a los que también se refiere el art. 266, en que se pone en peligro la vida o la integridad de las personas, pues esta puesta en peligro es ya tenida en cuenta para tipificar como delitos autónomos los estragos (art. 346) y el incendio (art. 351), por lo que parece obvio que, teniendo estos delitos una pena mucho mayor que la de los daños previstos en el art. 266, deben ser aplicadas dichas penas, sin perjuicio de apreciar el correspondiente concurso ideal con el delito de daños (aunque hay que reconocer que no queda claro si ese concurso sería con los daños del art. 266 ó con los previstos en los arts. 263, 264 y 265). Sin embargo, el párrafo 4 del art. 266 parece desmentir esta conclusión cuando tiene en cuenta, para imponer la pena en su mitad superior (se supone que la pena correspondiente a los daños) no sólo que los daños se hayan producido «concurriendo la provocación de explosiones o la colocación de otros medios de similar potencia destructiva», sino que «además se pusiere en peligro la vida o la integridad de las personas»; y, sin embargo, excluye expresamente de este régimen los daños provocados mediante incendio (párrafo último). Ante tal «galimatías jurídico» en un tema de tanta gravedad e importancia como éste, no cabe más que hacer una interpretación lógica y pensar que lo que el legislador ha querido con la reforma del art. 266 es castigar con mayor severidad los delitos de daños previstos en los arts. 263, 264 y 265 (incluyendo también los previstos en los arts. 323 y 560), sin perjuicio de que además, cuando se den sus respectivos presupuestos (peligro para la vida o la integridad de las personas), se apliquen también conforme a las reglas del concurso (generalmente ideal) las penas del delito de

estragos (art. 346) o de los incendios (art. 351; cfr. también *infra*, en el capítulo XXVI, las respectivas reglas concursales de los delitos de estragos e incendios).

DAÑOS EN COSA PROPIA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* SUAY HERNÁNDEZ, *El delito de daños en cosa propia de utilidad social y el fraude a la ley*, RFDUC monográfico 11, 1986; TERRADILLOS BASOCO, *Sustracción de cosa propia a su utilidad social en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983.

Sobre el Código penal de 1995: GUARDIOLA GARCÍA, *De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001 (también en RDPP 2000); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999.

El Capítulo XII del Título XIII tipifica en un sólo artículo, el 289, lo que en su rúbrica se llama «De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural», y que no constituye más que un daño patrimonial, pero con la particularidad de que el que lo comete es el propietario de la cosa dañada.

Dice el art. 289: «El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier otro modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

El *bien jurídico protegido* de este delito ya no es el derecho de propiedad ajeno, puesto que el sujeto activo es el mismo propietario de la cosa dañada. Se trata más bien de un delito contra los intereses sociales, o más concretamente contra la *función social de la propiedad*. Este precepto es una buena muestra del relativismo en la distinción entre patrimonio y orden socioeconómico, ya que también la propiedad, según el art. 33,2 de la Constitución, debe cumplir una función social que le da un contenido socioeconómico que es precisamente lo que justifica el presente delito.

En lo demás, el tipo contiene fundamentalmente la estructura de un delito de daños, aunque la referencia a «de cualquier modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad» demuestra que lo importante es este resultado y no la forma en que se produce; sin embargo, como han señalado TERRADILLOS BASOCO, SUAY HERNÁNDEZ y GUARDIOLA GARCÍA, difícilmente podría entrar en el sentido del precepto la simple ocultación de la cosa: romper un cuadro de Goya por parte de su propietario para impedir que se lo lleven a un Museo entraría dentro de este artículo, pero no el esconderlo. MARTÍNEZ-BUJÁN (pp. 165 ss.) considera, en cambio, que la autonomía que se ha dado a la regulación de este delito en el Código penal de 1995, desvinculándolo del delito de daños, no permite esta interpretación restrictiva, que además no es avalada por el carácter supraindividual del bien jurídico protegido, lo que le lleva a decir que incluso ya no es necesaria la mención expresa de la modalidad de daños. Sin embargo, y a pesar de que esta interpretación es compatible con el tenor literal del precepto, considero que en el art. 289 deben incluirse sólo los supuestos de daños o destrucción de las cosas, también cuando se trate de los objetos mencionados en el art. 323, ya que este precepto, igual que el art. 324, se refiere sólo a cosas de valor histórico, artístico o cultural «ajenas» (en este sentido, GUARDIOLA GARCÍA, p. 1395; cfr. *infra* capítulo XXIV).

DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

CAPÍTULO XXII

Consideraciones generales sobre los delitos contra el orden socioeconómico. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Disposiciones comunes

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Actualidad político criminal del Derecho penal económico en España*, en Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Estudios de Derecho penal económico, Universidad de Castilla-La Mancha 1994; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal Económico*, Madrid 1978; el mismo, *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*, RFDUC monográfico 3, 1980; el mismo, *El Proyecto de Código penal y el art. 38 de la Constitución*, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; el mismo, *La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y políticocriminal*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; el mismo, *Marco constitucional del Derecho Penal Económico*, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; el mismo, *Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales y económicos*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; BARBERO SANTOS, *Los delitos económicos en la legislación española*, RFDUC 1986/87; BUSTOS RAMÍREZ, *Perspectivas actuales del Derecho penal económico*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; CASALS COLLDECARRERA, *La letra vacía*, RJCat. 1980; CÓRDOBA RODA, *Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de Sociedades Mercantiles en Derecho español*, EPC 1985/1986; FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre la criminalidad económica*, Barcelona 1978; FERNÁNDEZ ALBOR/ MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983; GÓMEZ BENÍTEZ, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio*, ADP 1980; HERRERO HERRERO, *Los delitos económicos*, Madrid 1992; MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal económico*, Madrid 1987; el mismo, *Los fundamentos político-constitucionales de la delincuencia socio-económica*, CPC 1989; MOLINA BLÁZQUEZ, *Los delitos socio económicos en el Proyecto de Código penal de 1992*, AP 1994; MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, CPC 1982 (también en RJCat. 1982); NOVOA MONREAL, *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico*, ADP 1982; QUINTERO OLIVARES, *La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español*, EPC

1978/1979; el mismo, *Economía e instrumentos represivos*, Papers 1980; el mismo, *Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica*, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; RIGHI, E., *Las garantías individuales y la represión de la delincuencia económica*, CPC 1979; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Los delitos económicos en el Proyecto de Código penal*, ADP 1981; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional*, RGLJ 1979; el mismo, *Los delitos contra el orden socioeconómico*, Anuario de la Escuela Judicial 1981; SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, ADP 1988; SERRANO GÓMEZ, *Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas*, AP 1993; SILVA SÁNCHEZ, *El Derecho penal bancario en España*, AP 1994; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995; TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, Barcelona 1985; el mismo, *El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico*, CPC 1986; el mismo, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona 1993; VARIOS, *La reforma penal*, Madrid 1982; VARIOS, *Los delitos socio-económicos*, Barbero Santos (edit.), Madrid 1985; VARIOS, *El nuevo Derecho penal económico*, Barcelona 1986; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, PJ núm. especial IX, 1989; VARIOS, *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Universidad Castilla-La Mancha 1994; VARIOS, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Univ. Autónoma Madrid 4-17 oct. 1992*, Madrid 1995; VILADAS JANE, *Notas sobre la delincuencia económica en España*, ADP 1980; el mismo, *Introducción a la delincuencia económica*, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; el mismo, *Propuesta de Anteproyecto de Código penal y delincuencia económica*, RFDUC monográfico 6, 1983.

Sobre el Código penal de 1995: ARROYO ZAPATERO, *Delitos socioeconómicos*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; el mismo, *Derecho penal económico y Constitución*, RP 1998; BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid 1998; BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Madrid 2001; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica*, AP 1997; GIMENO SENDRA, *La aplicación procesal del nuevo Código penal con especial referencia a los delitos contra el orden socioeconómico*, RP 1998; GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos: reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid 2001; IGLESIAS RÍO, *Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia 1998; el mismo, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; MORENO CÁNOVES/ RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo Código penal. (Concordados y con jurisprudencia)*, Madrid 1996; MUÑOZ CONDE, *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, RP 1998; el mismo, *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*, RP 2002; PAREDES CASTAÑÓN, *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: Bases político-criminales*, RDPC 2003; VARIOS, *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, CDJ 1997; VARIOS, *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), A Coruña 1998; VARIOS, *Empresa y delito*, CDJ 1999; VARIOS, *Derecho penal* económico, Muñoz Conde (dir.), CGPJ-Manuales de Formación Continuada 2002; VARIOS, *Eurodelitos: el Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca 2003; VARIOS, *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Terradillos Basoco/ Acale Sánchez (coords.), Madrid 2004; VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos socioeconómicos en el Código penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales*, EPC 1998.

Ver también bibliografía de los capítulos XXIII y XLIII, y además la bibliografía correspondiente a los distintos delitos en éste y el siguiente capítulo.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

1. Como ya antes se dijo (véase *supra* capítulo XV), la rúbrica del Título XIII habla de los delitos contra el patrimonio «y contra el orden socioeconómico». Sin embargo, el orden «socioeconómico» al que se alude en dicha rúbrica dista, sin embargo, de ser un concepto perfilado y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo.

Del concepto de «orden socioeconómico» debe excluirse el *orden económico en sentido estricto* u *orden público económico*, que es aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado. Este orden económico en sentido estricto no es, pues, otra cosa que la intervención directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos. Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes, etc.). Lo que desde el punto de vista de una economía inspirada en el liberalismo capitalista del *lassez faire, lassez passer*, se consideraba como una anomalía o una cuestión excepcional, es hoy algo absolutamente normal e incluso consustancial a la propia economía de mercado, que debe estar también al servicio de objetivos sociales. En este sentido, los arts. 128,2 y 131,1 de la Constitución reconocen, respectivamente, la iniciativa pública en la actividad económica y la facultad del Estado para planificar la economía, e igualmente hay otros pre-

ceptos constitucionales que reconocen el poder tributario del Estado, la posibilidad de su intervención en determinados sectores económicos, etc. Pero para la protección penal de este orden económico en sentido estricto se crearon los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (Título XIV) y algunos otros delitos tipificados en leyes especiales, como los delitos de contrabando (véase *infra* capítulo XLIII).

Pero esta concepción estricta del orden económico no es suficiente para abarcar en él una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales. Valgan de ejemplo los fraudes a los consumidores, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles y las alteraciones de los precios en el mercado. También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y los concursos punibles de sociedades mercantiles de gran importancia económica, merecen una consideración distinta a la que tradicionalmente se les ha dado. Para agrupar todos estos hechos se empezó a hablar a mediados de los años setenta, primero en el ámbito doctrinal y luego en el legislativo, de un *Derecho penal económico*, al que serviría de base o de bien jurídico común un *orden económico en sentido amplio* entendido como «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios» (así, por ej., Bajo Fernández, 1978; sobre éste y otros criterios, Martínez-Buján, 1998, 1999; Muñoz Conde, 1998). Pero la misma amplitud de este concepto de orden económico le hacía perder al «nuevo» Derecho penal económico en precisión conceptual todo lo que ganaba en importancia cuantitativa. Así, por ej., la propiedad privada, uno de los ingredientes básicos de ese orden económico, tal como reconocen los arts. 33 y 38 de la Constitución, es objeto de protección en el Título XIII del Código penal a través de delitos como el hurto o el robo, pero obviamente nadie dice que estos delitos sean delitos económicos o contra el orden socioeconómico. Lo mismo puede decirse respecto a delitos patrimoniales clásicos como la estafa de escasa cuantía, el alzamiento de bienes de un deudor frente a unos pocos acreedores, la apropiación indebida del importe de los recibos por el cobrador de una empresa, la falsificación de una letra de cambio para obtener un crédito bancario, etc. Todos estos hechos son constitutivos de diversos delitos contra el patrimonio, sin que para su tipificación ni para la comprensión de su naturaleza, razón de su incriminación, etc., haya que recurrir a un concepto distinto del puramente patrimonial. Si todos estos hechos se configuraran como delitos contra el orden «socioeconómico» se correría el peligro de diluir el ya muy bien delimitado Derecho penal patrimonial en un desmesurado Derecho penal socioeconómico sin más límites que los que quisiera dársele en lenguaje coloquial al término «económico» o «socioeconómico».

Pero tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socioeconómico. Con este criterio, una estafa sería un delito «socioeconómico» cuando, además de todos los elementos conceptuales propios de este delito patrimonial (véase *supra* capítulo XIX), incidiera en una pluralidad de perjudicados o produjera un grave perjuicio económico. Una insolvencia punible sería delito «socioeconómico» cuando, además del perjuicio al derecho de crédito, por su magnitud incidiera negativamente en el orden crediticio bancario o tuviera grandes repercusiones en la economía nacional. Se confundiría así, a mi juicio, lo que puede ser un factor determinante de la agravación de la pena con un elemento conceptual de un pretendido delito «socioeconómico», sin que por ello se obtuviera a cambio ninguna ventaja técnico-jurídica o política, salvo la demagógica o snobista que subyace a muchas de estas construcciones jurídicas; o habría que duplicar los delitos patrimoniales clásicos, sobre todo los defraudatorios, para tipificar expresamente los casos en los que, además del bien jurídico patrimonial, se lesiona o pone en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

2. No puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en intereses económicos colectivos o socioeconómicos, en todo caso más amplios que los puramente patrimoniales, o de tipificar algunos hechos que difícilmente son reconducibles a los delitos patrimoniales. En estos casos, la primera preocupación del legislador debe ser evitar escandalosas «lagunas de punibilidad», bien creando delitos nuevos, o bien reformando o añadiendo algunas particularidades a los delitos patrimoniales para extenderlos a supuestos evidentemente merecedores de pena y que difícilmente pueden ser sancionados con los delitos ya existentes. Pero ello debe hacerse a partir de la identificación de un bien jurídico determinado y con una tipificación clara y precisa de los comportamientos que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro.

Desde este punto de vista es como debe analizarse el contenido del Título XIII, en el que se protege primordialmente el orden patrimonial, pero en el que también se contienen tipos delictivos que sólo pueden entenderse desde un prisma socioeconómico más amplio que el patrimonial. El legislador ha dejado, sin embargo, sin resolver cuáles de los delitos contenidos en el Título XIII son reconducibles al ámbito patrimonial y cuáles al orden socioeconómico. Como ya hemos visto antes (*supra* capítulo XV), en la propia sistemática legal, a partir de la Disposición común a los «delitos patrimoniales» contenida en el art. 268,1, hay base para decir que todos los delitos que se encuentran tipificados en los Capítulos I a IX son «delitos contra el patrimonio»; mientras que los tipificados en los Capítulos XI a XIV serían «delitos contra el orden socioeconómico». Pero tampoco puede mantenerse este criterio de un modo rígido, porque aun en los Capítulos en los que se tipifican delitos patrimoniales principalmente defraudatorios como la estafa, la apropiación indebida o las insolvencias punibles, pueden incluirse hechos con incidencia en intereses socioeconómicos, y en los Capítulos en los que se tipifican delitos contra el orden socioeconómico hay algunos delitos, como los relativos a la propiedad intelectual o a la receptación, que obedecen más a una estructura de carácter patrimonial que socioeconómica. Por otra parte, algunos delitos deben estudiarse conjuntamente por su parentesco estructural, aunque unos participen más de un carácter patrimonial y otros tengan más uno socioeconómico; así sucede, por ej., con los daños patrimoniales del Capítulo IX y los daños en cosa propia de utilidad social del Capítulo XII. Otras veces es el legislador el que tiene en cuenta esta

similitud estructural para agrupar en el mismo Capítulo delitos que inciden en órdenes distintos, como la receptación «y otras conductas afines» (blanqueo de capitales o de bienes) en el Capítulo XIV. Y otras veces simplemente no se entiende por qué el legislador ha situado en uno de los Capítulos que él mismo llama «patrimoniales», el VIII, un delito claramente socioeconómico, como «la alteración de precios en concursos y subastas públicas», mucho más relacionado con las maquinaciones para alterar el precio y los delitos relativos al mercado del Capítulo XI, Sección 3ª, que con los delitos patrimoniales.

Por todo lo dicho, se puede concluir afirmando que la distinción delito contra el patrimonio-delito contra el orden socioeconómico tiene un valor sistemático relativo y materialmente escaso, por lo que en el apartado correspondiente se intentará analizar qué particularidades tiene el concreto tipo delictivo que justifican su consideración como delito contra el orden socioeconómico. Para ello se parte del orden legal acogido en el Título XIII, con las reservas ya dichas, estudiando en este capítulo los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, y en el capítulo siguiente los delitos societarios y la receptación y conductas afines.

DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO/ GARCÍA RIVAS, *Protección penal de la propiedad intelectual*, en Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Estudios de Derecho penal económico, Universidad de Castilla-La Mancha 1994; BACIGALUPO ZAPATER, *Problemas de la legislación y la jurisprudencia en los delitos contra la propiedad industrial*, Justicia Penal 1995; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La reforma de los delitos contra la propiedad industrial en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; el mismo, *La tutela de la competencia en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en Barbero Santos (edit.), Los delitos socioeconómicos, Madrid 1985; BOIX REIG, *Nuevo sistema de protección penal de los derechos de propiedad intelectual*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de propiedad intelectual*, Madrid 1988; el mismo, *Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual*, PJ núm. especial IX, 1989; el mismo, *Algunas consideraciones sobre el plagio como modalidad de conducta del nuevo delito contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *Algunas reflexiones acerca del objeto material del nuevo delito contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; el mismo, *El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual*, en Comentarios a la legislación penal XIII, Madrid 1991; el mismo, *Los tipos agravados del nuevo delito contra la propiedad intelectual*, en Comentarios a la legislación penal XIII, Madrid 1991; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Los derechos de autor y anexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico*, ADP 1990; FERRÉ OLIVÉ, *Delitos contra los derechos de autor*, ADP 1991; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *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*, ADP 1989; GIMBERNAT ORDEIG, *Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989 (también en PJ núm. especial IX, 1989); el mismo, *Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; el mismo, *Los delitos contra la propiedad intelectual*, en Delitos contra la propiedad, CDJ 1995; GÓMEZ BENÍTEZ/ QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid 1988; GUINARTE CABADA, *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Madrid 1988; el mismo, *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, EPC 1990/1991; el mismo, *Las infracciones de los derechos de la propiedad industrial del artículo 534 del Código penal*, en Comentarios a la legislación penal XIII, Madrid 1991; el mismo, *Los delitos contra la propiedad industrial en el Proyecto de Código penal español de 1992*, Actas de Derecho industrial 1991-92; JIMÉNEZ VILLAREJO, *La responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual y las vías judiciales para su exigencia*, PJ núm. especial IX, 1989; LATORRE LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, Valencia 1994; MASCAREÑAS, V., *Notas para un estudio sobre la defraudación de la Propiedad intelectual*, RJCat. 1953; el mismo, *Delitos contra la propiedad intelectual*, NEJ VI, 1954; MISERACHS, *Delitos contra la propiedad intelectual*, NEJ VI, 1954; POLAINO NAVARRETE, *Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; ROLDÁN BARBERO, *Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales*, La Ley 1988; ROMEO CASABONA, *Protección penal del software en el Derecho español*, AP 1988; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid 1995; SOTO NIETO, *Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual*, PJ núm. especial IX, 1989; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, PJ núm. especial IX, 1989; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, Madrid 1990.

Sobre el Código penal de 1995: CASTIÑEIRA PALOU, *El alcance de la protección penal de la propiedad industrial*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid 2003; DEL ROSAL BLASCO/ SEGURA GARCÍA, *La infracción del derecho de marcas en el nuevo Código penal de 1995*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDJ 1997; GARCÍA RIVAS, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código penal de 1995*, en Propiedad intelectual: Aspectos civiles y penales, CDJ 1995; GIMBERNAT ORDEIG, *Las llamadas «importaciones paralelas» y el artículo 270, párrafo segundo, del Código penal*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; GÓMEZ MARTÍN, *La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995*, PJ 2002; el mismo, *El delito de fabrica-*

ción, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos, RECPC 2002; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid 1998; GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; JORGE BARREIRO, Agustín, *Reflexiones sobre el bien jurídico protegido en las infracciones punibles contra la propiedad intelectual*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid 1996; LARRIBA HINOJAR, *La tutela comunitaria del diseño industrial*, RCP 2001-2002; MARTÍN URANGA, *La protección jurídica de las innovaciones tecnológicas. Especial consideración de su protección penal*, Granada, 2003; MARTÍNEZ RUIZ, *La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código penal*, La Ley 1997; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de información*, Madrid 2003; el mismo, *La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software*, RP 2004; MORENO Y BRAVO, *Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas*, AJA 2001; NOREÑA DE SALTO, *Delitos relativos a la propiedad intelectual*, RMF 1997; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, Madrid 2001; PORTELLANO DÍEZ, *Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista*, CPC 1996; SEGURA GARCÍA, *La protección penal de la propiedad industrial en el nuevo Código penal de 1995*, RGD 1997; SORIANO SORIANO, *Los delitos contra la propiedad industrial*, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996; VARGAS CABRERA, *Delitos relativos a la propiedad industrial*, RMF 1997; VIDORRETA RUIZ, *Comentarios al artículo 277 del Código penal de 1995*, CPC 1997.

En la rúbrica del Capítulo XI del Título XIII se habla de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, aunque después se regulan diferenciadamente en la Sección 1ª los relacionados con la propiedad intelectual y en la Sección 2ª los relativos a la propiedad industrial.

Se produce así un tratamiento diferenciado, aunque todavía unido sistemáticamente, de la protección penal de ambos bienes jurídicos (la propiedad intelectual, por un lado; la industrial, por otro), que sólo tienen en común que son una creación de la inteligencia humana, pero que tanto en su tratamiento jurídico, como en su significado social y económico son completamente diferentes (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 28, quien considera que los delitos contra la propiedad intelectual no tienen un contenido socioeconómico).

1. DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Bien jurídico protegido

Para la determinación del bien jurídico protegido en estos delitos es necesario remitirse a la legislación extrapenal y concretamente al Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

El art. 2 del Real Decreto 1/1996 dice que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley». Como se ve, este precepto acoge abiertamente una concepción dualista en la que se atribuyen a la propiedad intelectual facultades de tipo personal y patrimonial. Sin negar la importancia del primer aspecto, en la regulación de estos delitos predomina, sin embargo, el aspecto patrimonial, no tanto porque se mantenga dentro del Título XIII del Código penal, como por las dificultades que entraña la protección penal de la vertiente personal o extrapatrimonial.

La propiedad intelectual tiene, en efecto, una dimensión moral que algunos intentan ubicar incluso a nivel constitucional en el art. 20,1,b de la Constitución («derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»; en este sentido ROLDÁN BARBERO). Pero en los delitos tipificados en esta Sección 1ª no se protege esta dimensión moral o personal de la propiedad intelectual. El derecho reconocido en el art. 20,1,b de la Constitución es, como destacan BAJO FERNÁNDEZ/ SUÁREZ GONZÁLEZ (en BAJO II, p. 350), un derecho a la producción y creación intelectual que sólo puede ser lesionado mediante coacciones o amenazas, pero no con delitos de carácter patrimonial o socioeconómico (doctrina dominante; así, por ej., BOIX/ JAREÑO, en VIVES, Comentarios, p. 1327: «no se tiene en cuenta el contenido moral del derecho de autor a efectos de penalizar la conducta»; en este sentido también ARROYO ZAPATERO/ GARCÍA RIVAS, CARMONA SALGADO, 1988, JORGE BARREIRO, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GÓMEZ BENÍTEZ/ QUINTERO OLIVARES, GONZÁLEZ RUS, etc. Véase, por todos, MIRÓ LLINARES, 2003, p. 239).

Ahora bien, hay un aspecto de ese derecho moral que se refiere a la relación misma entre el autor y su obra, a su paternidad y a la defensa de su integridad, que sin ser el derecho constitucional reconocido en el art. 20,1,b CE, tampoco se identifica con un derecho de

carácter patrimonial. El art. 270 protege claramente este derecho al sancionar, sobre todo, el *plagio*, que no es más que la negación del derecho a la paternidad misma de la obra, que tiene evidentemente un contenido superior al puramente patrimonial. Pero aun así la protección a este derecho viene limitada, en lo que se refiere a su explotación económica, por los plazos de caducidad marcados, por ejemplo, en el art. 26 del Real Decreto 1/1996. ¿Incurriría en plagio «punible» el que se atribuyere la paternidad de una sinfonía de Mozart?

Inequívocamente tienen carácter patrimonial los derechos de explotación que incluso, una vez enajenados, pueden corresponder a una persona distinta al autor. Especiales problemas se plantean precisamente en casos de colisión entre el derecho moral y el derecho patrimonial cuando el autor trabaja como asalariado anónimamente o formando parte de un equipo en una obra colectiva (por ej., en la redacción de un diccionario). La Ley de Propiedad Intelectual resuelve algunos de estos casos, reconociendo en su Libro II «otros derechos de propiedad intelectual» como el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de programas, etc., pero siempre pensando en los derechos patrimoniales antes que en los morales o personales.

En general, se puede decir que en los diversos tipos delictivos que se contienen en esta Sección 1ª se protege la propiedad intelectual en su vertiente predominantemente patrimonial, sin excluir que, en algún caso concreto, como en el plagio, se proteja la paternidad de la obra o su integridad artística. Pero también en este caso existe simultáneamente un derecho patrimonial que normalmente es el que motiva la intervención del Derecho penal. Recuérdese, por ejemplo, que sólo suelen presentarse querellas por plagio en caso de obras que han ganado un concurso o tienen un gran éxito comercial.

En todo caso hay que tener en cuenta que los preceptos penales no deben ser aplicados más allá de lo que permiten sus propios términos y que, a diferencia de lo que sucedía en el Código penal anterior donde se hablaba de «derecho de autor» (véase Muñoz Conde, 10ª ed., pp. 326 ss.), ahora se habla expresamente de «propiedad» intelectual, exigiéndose además para que el hecho sea punible el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero, haciendo recaer, pues, el acento en el aspecto patrimonial antes que en el personal. Por lo demás, el Código penal es en esta materia, como en tantas otras de parecida índole, un mecanismo protector de la propiedad intelectual puramente subsidiario, por lo que también hay que tener en cuenta otros sistemas de protección

jurídica contenidos en el Real Decreto 1/1996, que generalmente son más eficaces (véase la circular núm. 2/1989 de 20 de abril, de la Fiscalía General del Estado, de gran interés para la interpretación de estos delitos, en ADP 1989, pp. 677 ss.).

Tipos legales

a) Tipo básico

Es el recogido en el art. 270:

> «1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, 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.
> 2. Será castigado con la 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 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 en dicho Estado, o con su consentimiento.
> 3. Será castigado también con la misma pena 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 cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo».

Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquiera. En caso de concurrencia de diversas personas en la comisión del delito habrá que estar a las reglas generales de la participación.

Sujeto pasivo es el titular de los correspondientes derechos de la propiedad intelectual o sus cesionarios. Para la determinación de esa

titularidad habrá que estar a las previsiones que al respecto se contienen en el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 5 a 9).

Objeto material es una obra literaria, artística o científica, especificándose en los arts. 10 a 13 de la referida Ley qué se entiende por tal.

En cuanto a las acciones típicas, deben diferenciarse aquéllas que afectan a lo que la Ley llama derecho moral (derecho a la divulgación, a la paternidad y a la integridad de la obra; art. 14) y las que afectan a los derechos de explotación, aunque, como ya se ha dicho, en ambos casos la acción tiene que afectar al aspecto patrimonial de estos derechos.

Entre las primeras se encuentra fundamentalmente el *plagio*, que constituye la negación de la autoría de la obra. No es fácil, sin embargo, diferenciar el *plagio* de la simple influencia o de la falta de originalidad. La delimitación entre estos extremos es difícil y depende del tipo de obra de que se trate. Desde luego no es lo mismo el plagio de una obra literaria o musical, que el plagio de una obra pictórica, en la que si se finge la autoría lo más frecuente es la querella por estafa del que adquiere la obra creyendo que es auténtica, pero no la del autor plagiado. La «reproducción» está a caballo entre el plagio, cuando además no se menciona al autor o se pone a otro en su lugar, y la lesión del derecho de explotación, afectando, generalmente, más a este último (por ej. fotocopias, cassettes o videos o ediciones «piratas»).

Las demás conductas citadas en el art. 270,1 y 2 (distribuir, comunicar públicamente, exportar, importar) afectan directamente al derecho de explotación, que sólo debe considerarse conculcado, al menos con relevancia penal, cuando dichas conductas recaen sobre los objetos citados en el apartado primero, es decir, cuando se trate de copias «ilícitas», obras plagiadas, etc. La novedad más importante en esta materia de las introducidas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, es que, respecto a la modalidad de importación se añade un inciso al art. 270,2, según el cual la importación intencionada, sin autorización, es punible tanto si los productos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia. «No obstante —dice diciendo el citado párrafo—, 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». Con ello se resuelve legislativamente el problema de las «importaciones paralelas» en el ámbito de la Unión Europea, dándole prioridad al principio establecido en el Tratado de Roma de «libre circulación personas, bienes y capitales». Por tanto, la importación desde Holanda de productos americanos vendiéndolos en España a menor precio del que les pone el titular de su concesión en España es un hecho perfectamente lícito (prioridad del Derecho comunitario sobre el derecho nacional. Cfr. STS 2 abril 2001 y comentario a la misma de Miró Llinares, 2003, pp. 416 ss.).

En el apartado tercero del art. 270 se extienden las penas de los 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 cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo», lo que supone un adelanto de la intervención penal a conductas meramente preparatorias del ataque a la propiedad intelectual (véase Gómez Martín, RECPC 2002).

En todo caso, la autorización del titular destipifica el hecho (en este sentido también Arroyo Zapatero/ García Rivas, p. 172, quienes hacen unas interesantes consideraciones sobre la diferencia existente entre el consentimiento como causa de justificación y causa de atipicidad en relación con el plagio y la usurpación).

Tipo subjetivo

Para recordar que nos encontramos ante conductas eminentemente dolosas, el art. 270,1 utiliza la expresión «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», usando en el apartado segundo sólo la expresión «intencionadamente», que tiene un significado parecido.

b) Tipos cualificados

Son los contenidos en el art. 271:

> «Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 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 perteneciere 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».

Las cualificaciones referidas a la trascendencia económica y al perjuicio causado, previstas inicialmente en el Código penal de 1995 (aunque en él se hablaba de daño, en vez de perjuicio) demuestran la importancia del contenido patrimonial en la regulación jurídico-penal de estos derechos, pero también, lo que quizás justifique su consideración como delito socioeconómico, la relevancia económica que hoy pueden llegar a tener algunas formas de propiedad intelectual como las relacionadas con la producción de cassettes y videos musicales de famosas estrellas de la canción pop, programas de ordenador, etc., cuya explotación se lleva a cabo por empresas exclusivistas que invierten grandes cantidades en la elaboración de dichos productos. El que muchos de estos sectores estén en manos de multinacionales y grandes empresas obliga, sin embargo, a examinar con cuidado la legitimación de algunas de esas «exclusivas», que pueden constituir algún delito relativo al mercado y a los consumidores.

A estas cualificaciones ha añadido ahora la LO 15/2003 las relativas a la pertenencia a organización o asociación y a la utilización de menores de 18 años para cometer estos delitos.

Consecuencias jurídicas

Además de las penas correspondientes a los diversos tipos, el art. 272,2 faculta al Juez o Tribunal para ordenar la publicación de la sentencia condenatoria, a costa del infractor, en un periódico oficial. El apartado 1 de dicho artículo dispone que la extensión de la responsabilidad civil derivada de estos delitos se regirá por la Ley de Propiedad Intelectual en lo que se refiere al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

El art. 288,2 permite, por otro lado, la imposición de las consecuencias accesorias del art. 129.

2. DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Son los tipificados en la Sección 2ª del Capítulo XI. En ella se incluyen diversos tipos delictivos que ahora se agrupan en torno a un

mismo bien jurídico, la propiedad industrial (sobre la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 331 ss.).

La propiedad industrial, a la que se refieren estos delitos, es aquella parte de la actividad económica empresarial que se refiere tanto a la creación o invención de técnicas y objetos de uso industrial, como a su explotación, pero también a determinados signos o marcas que los empresarios utilizan para distinguir sus productos de otros similares que se ofertan en el mercado. En última instancia, lo que el Derecho protege en esta materia es una competencia leal entre los empresarios que, al mismo tiempo que un interés patrimonial privado, tiene también un contenido socioeconómico en la medida en que incide también en los derechos de los consumidores (sobre las diversas concepciones del bien jurídico en estos delitos, GUINARTE CABADA, 1988, pp. 158 ss.; SEGURA GARCÍA, 1995, p. 111; PAREDES CASTAÑÓN, p. 70).

La propiedad industrial que se protege penalmente puede ofrecer las siguientes modalidades: invenciones (patentes o modelos de utilidad), creaciones con aplicación industrial (modelos y dibujos) y signos distintivos de la industria y el comercio (nombre comercial, marcas, denominaciones de origen); cada una de ellas puede ser objeto de las defraudaciones que seguidamente vamos a exponer.

A) DEFRAUDACIÓN DE PATENTE O MODELO DE UTILIDAD Y SIMILARES

a) En el art. 273,1 y 2 se tipifican, en relación con la patente o con modelos de utilidad, dos modalidades de conductas: la primera hace referencia al que «fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos». La segunda, al que «utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado». La segunda modalidad es subsidiaria de la primera. Con la doble tipificación se pretende cubrir todo el ciclo de defraudación de la propiedad industrial sobre patentes y modelos de utilidad, tanto en la usurpación del derecho del inventor, como en la explotación ilegal.

Comunes a ambas modalidades son los conceptos de patente y modelo de utilidad. Por «patente» hay que entender el derecho del titular registral de una invención, bien referida a un producto o a un procedimiento para su fabricación, bien a un determinado perfeccionamiento o desarrollo de una patente preexistente (véanse arts. 50 y 108 y ss., Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. Sobre las innovaciones biotecnológicas como patentes, véase MARTÍN URANGA, pp. 311 ss.). El «modelo de utilidad» es una especie de invención menor, o de mejora en la configuración, estructura o constitución de algo ya cono-

cido previamente (véanse arts. 143 y ss. de la Ley de Patentes antes citada). En ambos casos se castiga cualquier manera de fabricación o utilización ilegítima de los objetos amparados en estos derechos, cuyo ejercicio y explotación viene regulado en la Ley de Patentes, a la que indirectamente hay que remitirse para ver los límites de la protección penal. El consentimiento del titular del derecho excluye, por tanto, tal como se dice expresamente en el art. 273,1, la relevancia penal de la conducta.

La protección penal de estos derechos requiere, además de la realización de la correspondiente acción típica sin el consentimiento del titular del derecho, que el objeto sobre el que recae la propiedad industrial haya sido previamente registrado. Esta cuestión, que era discutible en la regulación anterior (véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 332), ha quedado ahora expresamente resuelta en el Código penal de 1995, que solamente concede protección penal al objeto previamente registrado (cfr. arts. 273 y 274) o protegido legalmente (cfr. art. 275. Sobre los casos de discrepancia entre «realidad registral» y «realidad material», y la incidencia que puede tener la «declaración de nulidad» de un acto registral en la responsabilidad penal, véase PAREDES CASTAÑÓN, pp. 112 ss., quien finalmente se inclina por resolver el problema en el ámbito procesal, por aplicación de la correspondiente *cuestión prejudicial* —arts. 3 a 6 LECrim.—).

En el tipo subjetivo se requiere no sólo «el conocimiento del registro», sino un especial elemento subjetivo del injusto (que el sujeto actúe «con fines industriales o comerciales»), lo que elimina del ámbito penal la realización de estas conductas con ánimo de lucro personal o para su particular provecho, comodidad, etc.

b) El art. 273,3 castiga las conductas descritas en el párrafo primero concurriendo iguales circunstancias «en relación con objetos amparados en favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor». La peculiaridad de este precepto consiste en que los objetos a los que alude no se encuentran regulados en la Ley de Patentes, sino en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial y en la Ley 11/1988, de 3 de mayo, para la Protección Jurídica de las Topografías de Productos Semiconductores. En relación al modelo o dibujo industrial o artístico, el Código penal sigue usando la terminología que empleaba el Estatuto de la Propiedad Industrial, según el cual el modelo industrial era un objeto que podía servir como tipo para la fabricación en serie de un producto y el dibujo un conjunto de líneas y/o colores que

adornaba un producto con un fin comercial. La nueva ley utiliza el término «diseño industrial» para englobar al modelo y al dibujo industrial, concibiéndolo como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. Sin embargo, no regula la figura de los modelos o dibujos artísticos de aplicación industrial como modalidad de protección autónoma (como hacía antes el Estatuto de la Propiedad Industrial), dado que esta figura no se contempla en el Derecho comunitario como categoría diferenciada de los diseños ornamentales, aunque podrán registrarse como diseño industrial (si se dan las condiciones previstas en la Ley 20/2003) o ser objeto de propiedad intelectual. Por su parte, el producto semiconductor, también denominado chip, es uno de los productos básicos de la microelectrónica, y su topografía la constituye un conjunto de elementos que cumplen diversas funciones fundamentales para este tipo de industria (transistores, resistencias, almacenamiento de datos, etc.). La tipificación expresa de las conductas que recaen sobre ellos era necesaria al no estar contenido en los conceptos de patente y modelo de utilidad a que se refieren los apartados anteriores del mismo artículo. Por lo demás no presentan ninguna particularidad, exigiéndose los mismos requisitos para su tipificación penal.

Penas

Las penas aplicables a los tres supuestos tipificados en el art. 273 son, tras la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre, las de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses (véase también *infra* y art. 276).

B) DEFRAUDACIÓN DE MARCAS Y SIGNOS DISTINTIVOS

Con la misma estructura que en el art. 273, el art. 274 castiga con las mismas penas (seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses):

– Por un lado, al que «reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado» (art. 274,1). La LO 15/2003, igual que en los delitos contra la propiedad intelectual, además de aumentar el mínimo de la pena de multa de 6 a 12 meses, añade un nuevo inciso al art.

274,1, según el cual «igualmente, incurrirán en la misma pena 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 aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento» (cfr. *supra* y art. 270,2).

– Y, por otro lado, 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» (art. 274,2).

La peculiaridad de este precepto consiste en que aquí el objeto de referencia son las llamadas marcas (reguladas por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 687/2002, de 12 de julio), que cumplen en el tráfico comercial una importante función de identificación de los productos y servicios que se ofrecen por los empresarios en el mercado. Pero, igual que en el caso de las patentes y modelos de utilidad, su utilización indebida sólo adquiere relevancia penal si la marca o signo distintivo ha sido previamente registrado y si el sujeto actúa con conocimiento de ese registro, con fines industriales o comerciales y sin consentimiento del titular. Este último requisito deviene fundamental, por cuanto, como se deduce del apartado 2 del art. 274, los derechos sobre los signos distintivos pueden ser cedidos por su titular, cuyo derecho de explotación en exclusiva es lo que constituye el objeto de protección. La protección penal es, por tanto, tributaria de la que ofrece la Ley de Marcas, y sólo en la medida en que estén reconocidos estos derechos podrá plantearse su protección penal.

C) DEFRAUDACIÓN DE OBTENCIONES VEGETALES

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido dos nuevos apartados al art. 274 en los que se regulan conductas referidas a obtenciones vegetales. Se castiga ahora con la misma pena que en el art. 274,1 y 2:

- A «quien, 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).

-A quien «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).

Fundamental para la interpretación de estos tipos será la regulación administrativa en la materia, contenida en la Ley 3/2000, de 7 de enero, de Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales.

D) DEFRAUDACIÓN DE DENOMINACIÓN DE ORIGEN O INDICACIÓN GEOGRÁFICA

> El art. 275 castiga también con las mismas penas (seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses) «a quien 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».

En este precepto se ve claramente la voluntad expansiva del Código penal de 1995, cubriendo sancionatoriamente supuestos de hecho que no deberían de pasar del nivel de una infracción administrativa. Las «denominaciones de origen» son ciertamente importantes signos distintivos de algunos productos (fundamentalmente alimenticios: vinos, aceites, licores, jamones, quesos, etc.), pero no tienen la importancia y la significación jurídica de la marca. La Ley de Marcas sólo autoriza su utilización bajo estricto control administrativo y siempre para un uso colectivo de los productores establecidos en el lugar geográfico determinado.

E) TIPOS CUALIFICADOS

> Tras la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y de forma paralela a lo establecido en materia de propiedad intelectual (véase *supra*), el art. 276 impone ahora la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 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 al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial.
d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos».

F) DIVULGACIÓN DE LA INVENCIÓN OBJETO DE PATENTE SECRETA

Art. 277: «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años 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».

Aunque la regla general es la publicidad de la patente y de su solicitud, el art. 119 de la Ley de Patentes establece que dicha regla puede sufrir excepciones por razones de defensa nacional. De ahí que dichas patentes o sus solicitudes sean declaradas secretas y que su acceso sea vedado al público, castigándose en el art. 277 del Código penal la divulgación intencional de la invención que tenga este carácter, siempre obviamente que se haya hecho la correspondiente solicitud de patente secreta. La relación de este delito con los relativos a la defensa nacional (arts. 598 y ss.) es muy estrecha, y más que un delito contra la propiedad industrial es un delito contra la defensa nacional, con el que estaría en *relación de consunción*.

DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BUENO ARÚS, *Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores*, AP 1989; DE VEGA RUIZ, *Protección penal del consumidor*, PJ núm. especial IX, 1989; MARTÍNEZ PÉREZ, *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código penal de 1992*, EPC 1992/1993; MARTOS NÚÑEZ, *Protección de los consumidores y usuarios*, RFDUC monográfico 6, 1983; TORÍO LÓPEZ, *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en Estudios sobre el derecho de consumo, Bilbao 1991.

Sobre el Código penal de 1995: DE VEGA RUIZ, *Los delitos contra el consumidor en el Código penal de 1995*, Madrid 1996; MARTÍN PALLÍN, *Protección penal de los consumidores*, La Ley 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; PUENTE ABA, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia 2002; VARIOS, *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores*, Ruiz Rodríguez (edit.), Actas del II Seminario Internacional de Derecho penal económico, Valencia 2002.

La Sección 3ª del Capítulo XI contiene una pluralidad de delitos que afectan a bienes jurídicos diferentes, sirviendo la mención en la rúbrica al mercado y a los consumidores de mero marco de referencia. Por un lado, en los arts. 278 a 280 se tipifican delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa que afectan directamente a la capacidad competitiva de la misma o incluso a su derecho de propiedad intelectual o industrial. Por otro lado, en los arts. 281 a 283 se tipifican determinadas conductas de desabastecimiento de materias primas, publicidad fraudulenta y facturación falsa, que inciden directamente en los derechos de los consumidores. En el art. 284 se tipifican una serie de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, que estudiaremos juntamente con el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas del art. 262, con el que tiene gran afinidad. En el art. 285 se castiga el abuso de información privilegiada en el mercado de valores. Y, finalmente, el art. 286 tipifica un nuevo delito, introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (que también introduce otras modificaciones en los demás delitos recogidos en esta Sección 3ª), relativo al abuso y manipulación de aparatos electrónicos. Estudiaremos cada uno de estos grupos de delitos por separado.

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS DE EMPRESA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BAJO FERNÁNDEZ, *Relevancia penal de la denuncia del empleado contable a la Hacienda Pública de las anomalías de la contabilidad de su principal*, ADP 1978; GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial*, Madrid 1994; GUINARTE CABADA, *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, EPC 1990/1991; LAMPE, *La protección jurídicopenal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código penal español de 1983*, en Barbero Santos (edit.), La reforma penal: delitos socioeconómicos, Madrid

1985; SERRANO PIEDECASAS, *Consideraciones en torno a la protección penal del know-how*, ADP 1990.

Sobre el Código penal de 1995: CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, Barcelona 1998; el mismo, *La tutela penal del secreto comercial y la concreción de la obligación de reserva: Un análisis de la reciente jurisprudencia*, RDPC 2001; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, Madrid 2000; MARTÍN URANGA, *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas*, Barcelona 2003; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *Derecho Penal económico*, Valencia 2002; MORÓN LERMA, *El secreto de empresa. Protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Pamplona 2002; PÉREZ DEL VALLE, *La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva (art. 279 CP)*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDJ 1997; PRATS, J. M., *Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el Código penal de 1995*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDJ 1997.

Los arts. 278 a 280 tipifican una serie de conductas que afectan a la capacidad competitiva de la empresa, por cuanto suponen el descubrimiento y revelación de secretos de su actividad empresarial. El bien jurídico protegido es, por tanto, la *competencia leal*, en una parte de la misma referida a los secretos industriales y comerciales legítimamente adquiridos (*know how*), es decir, la capacidad competitiva de la empresa (en este sentido también CARRASCO ANDRINO, 1998, p. 139, quien, sin embargo, considera que se trata de un delito pluriofensivo, ponderando otros intereses en juego). Este bien jurídico, la competencia leal entre los empresarios, se encuentra también protegido en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyos arts. 13 y 14,2 sancionan la violación de secretos, pero la importancia cada vez mayor del «espionaje industrial» o empresarial, como una forma de competencia desleal entre las empresas que afecta a su capacidad productiva, ha llevado a una regulación de esta materia en el Código de 1995 más en consonancia con los tiempos actuales, dado que la regulación penal de este ámbito era insuficiente y anticuada en el anterior Código penal, en cuyo art. 499 se castigaba sólo al «administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare» (véase al respecto MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 170 ss.). La protección penal que se dispensa ahora a la competencia leal en materia de secretos de empresa en el Código penal de 1995 se articula a través de una triple tipificación:

a) El art. 278,1 contiene un tipo básico de «apoderamiento», por cualquier medio, «de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo (secreto de empresa)», o empleo de «alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197». El paralelismo con los delitos contra la intimidad del art. 197 (cfr. *supra* capítulo X) es evidente, aunque aquí la conducta típica es más amplia. El delito se consuma con el apoderamiento mismo, sin necesidad de que se llegue a la divulgación, que constituye un tipo cualificado en el apartado 2. Pero es preciso que el apoderamiento se haga con un especial elemento subjetivo de lo injusto, «para descubrir un secreto de empresa». Por «secreto de empresa» hay que entender no sólo los secretos puramente industriales o técnicos (fórmula de un producto, plano de una máquina), sino también los comerciales (campañas publicitarias en preparación, lista de clientes, etc.) y de organización interna, siempre que tengan un objeto lícito. No creo, sin embargo, que la situación financiera o económica de la empresa (por ejemplo, dar a conocer las deudas de la empresa o que ésta figura en una lista de «morosos»), así como sus relaciones con Hacienda, puedan considerarse como un secreto de empresa, sino más bien como «datos reservados» de la intimidad del empresario individual o del empresario colectivo, cuyo descubrimiento o revelación estaría tipificado entre los delitos contra la intimidad (cfr. arts. 197 y 200, y *supra*, capítulo X; cfr. STS 22 marzo 1962, con comentario de BAJO FERNÁNDEZ, p. 771), aunque, como advierte MARTÍNEZ-BUJÁN (1999, p. 71), si el secreto afecta a la capacidad competitiva de la empresa en el mercado, puede constituir el delito del art. 278,1. No obstante, si el secreto tiene un objeto ilícito (penal o administrativo) carece de sentido su protección y la revelación será atípica, o, en todo caso, podría estar amparada por una causa de justificación, bien por ejercicio de la libertad sindical, bien por el ejercicio del derecho a la prevención de riesgos laborales, etc. (en este sentido, CARRASCO ANDRINO, 1998, pp. 278 y 280 ss.).

La pena de este tipo básico es prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En el apartado 2, se impone la misma pena de multa y prisión de tres a cinco años «si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos». El apartado 3 deja a salvo el correspondiente concurso de delitos con los delitos de apoderamiento (hurtos y robos) o destrucción de los soportes informáticos (daños. Cfr. arts. 234, 237 y 263).

b) El art. 279 castiga con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses «la difusión, revelación o cesión

de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva». La tipificación autónoma de este delito se explica por el quebrantamiento de deberes específicos que supone la realización del presente delito. Es preciso, por tanto, que el secreto de la empresa se conozca previamente de modo lícito en función del puesto que el sujeto desempeña, legal o contractualmente, en la empresa, constituyendo el núcleo del tipo el hecho de revelarlo, con quebrantamiento de deberes específicos de sigilo. El deber durará el tiempo que se especifique legal o contractualmente, de modo que aunque el sujeto cese su relación con la empresa puede seguir vinculado por el deber de secreto, si así se deduce expresa o tácitamente de la propia relación. En el párrafo segundo se atenúa la pena a su mitad inferior si el secreto se utilizara en provecho propio, una curiosa forma de privilegio no del todo justificable (piénsese en el caso en el que el antiguo empleado utiliza el secreto para crear una empresa que fabrique lo que fabricaba la empresa donde trabajaba).

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales tiende a no apreciar la existencia de este delito cuando no queda acreditada específicamente en el contrato laboral la obligación de mantener el deber de reserva (cfr. CARRASCO ANDRINO, 2001, pp. 377 ss.).

c) Igual que en los delitos contra la intimidad (cfr. art. 197,3, pfo. 2º), el art. 280 castiga expresamente con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses al que, «con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores». El precepto pretende evitar alguna laguna de punibilidad que pudiera surgir en la posterior utilización de los secretos de la empresa obtenidos en las formas tipificadas en los artículos anteriores por terceros que no hubieran tenido algún tipo de participación en ellas, o cuando no pudiera demostrarse ningún tipo de connivencia previa con los sujetos que hubieran cometido dichos delitos. Por tanto, si se ha tomado parte en el descubrimiento habrá que aplicar los preceptos generales de la participación en dicho delito. El tipo subjetivo requiere el conocimiento del origen ilícito de los secretos, no bastando pues la mera sospecha, ni la previsión de la posibilidad de dicho origen.

DESABASTECIMIENTO DE MATERIAS PRIMAS, PUBLICIDAD FRAUDULENTA Y FACTURACIÓN FALSA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* CHOCLÁN MONTALVO, *La criminalización de la publicidad engañosa. El delito publicitario,* en Propiedad industrial y competencia desleal, CDJ 1995; GARCÍAS PLANAS, *Hacia un delito publicitario*, EPC 1992/1993; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Delitos de alteración de precios, de prácticas restrictivas de la competencia y otros relativos a la regulación del mercado en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; LEMA DEVESA, *La publicidad engañosa en el moderno Derecho español,* La Ley 1995; MANZANARES SAMANIEGO, *La tipificación del delito publicitario en el Derecho español*, PJ núm. especial IX, 1989; MARTÍNEZ PÉREZ, *Delitos publicitarios en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal,* DJ 1983; el mismo, *Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa*, CPC 1984; el mismo, *La ley general de publicidad y el futuro delito publicitario,* Actas de derecho industrial 1990; el mismo, *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código penal de 1992*, EPC 1992/1993; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código penal*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; MUÑOZ CONDE, *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma,* en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; TAMARIT SUMALLA, *La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales*, CPC 1990; TORÍO LÓPEZ, *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en Estudios sobre el Derecho de consumo, Bilbao 1991.

Sobre el Código penal de 1995: BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de* precios, Granada 2001, CARRASCO ANDRINO, *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del art. 182 Código penal)*, Valencia 2000; CARTAJENA PASTOR, *Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa*, BIMJ 1997; CUERDA RIEZU, *Contribución a la polémica sobre el delito publicitario,* en Estudios sobre Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid 1995; CUGAT MAURI, *La protección de intereses colectivo: el caso del delito publicitario*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; DEL ROSAL BLASCO, *Mercado bursátil y publicidad engañosa. La intervención del Derecho penal,* en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; GÓMEZ RIVERO, *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, La Ley 1997; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *El delito publicitario*, AP 1997; MAPELLI CAFFARENA, *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia 1999; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Facturación ilícita, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, CDJ 1997; el mismo, *El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores*, RDPC 1998; el mismo, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; MORENO Y BRAVO, *El delito de publicidad falsa: el art. 282 del Cp de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falsa*, Barcelona 2001;

MUÑAGORRI LAGUÍA, *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Art. 282 del Código penal*, Granada 1998; PUENTE ABA, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia 2002; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La tipificación del delito de publicidad engañosa en el Código penal de 1995*, REPen 2003; SÁNCHEZ GARCÍA, *El nuevo delito publicitario. (Artículo 282 del Código penal)*, AP 1997; SIERRA LÓPEZ, *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003; VILLÉN NAVAJAS, *Los delitos relativos a los consumidores en el Código penal de 1995*, RMF 1997.

Los artículos 281, 282 y 283 del Código penal tipifican una serie de conductas que tienen como denominador común su referencia a los «consumidores», ya que son los derechos de éstos los directamente afectados por estos delitos. Los derechos de los consumidores no son, desde luego, de naturaleza exclusivamente patrimonial, sino que, como reconoce el art. 51 de la Constitución, tienen también un componente socioeconómico. La protección del consumidor como parte integrante de un colectivo, los consumidores, no es lo suficientemente eficaz a través de los delitos patrimoniales tradicionales, sobre todo la estafa, por lo que se plantea la necesidad de crear tipos delictivos específicos que protejan los intereses económicos de los consumidores globalmente considerados (en este sentido, ya en relación con el Código penal anterior, TORÍO LÓPEZ, p. 119; MUÑOZ CONDE, 1995, p. 273; MARTÍNEZ PÉREZ, 1992/1993). También los otros delitos tipificados en esta misma Sección tercera inciden en los derechos de los consumidores, pero éstos que vamos a ver ahora les afectan mucho más directamente, constituyendo tales derechos la razón última de su incriminación.

1. DESABASTECIMIENTO DE MATERIAS PRIMAS

Art. 281: «1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas».

El bien jurídico protegido es el interés de los consumidores en que el abastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad se lleve a cabo en condiciones de normalidad y respetando las reglas establecidas, que, por ejemplo, en épocas de crisis económica, guerras, etc., son bastante severas, de ahí que el quebrantamiento de las mismas se castigue severamente también, tanto más en situaciones como las previstas en el apartado 2 del art. 281, que es donde el precepto puede cobrar operatividad (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 122). El delito se consuma con la realización de la acción de detraer del mercado materias primas o productos de primera necesidad. Por «materias primas» hay que entender aquéllas que son fundamentales para la industria (petróleo, minerales, etc.); por «productos de primera necesidad», las sustancias alimenticias (leche, pan, etc.), los medicamentos, etc. No es necesario que se produzca ningún resultado ulterior, aunque en el tipo subjetivo se exige que la acción se lleve a cabo «con intención» de desabastecer un sector del mercado, de forzar una alteración de los precios o de perjudicar gravemente a los consumidores. La prueba de este elemento subjetivo, sobre todo en relación con el perjuicio grave de los consumidores, es, sin embargo, difícil, tanto más cuanto la finalidad del sujeto que realiza normalmente este tipo de acciones va encaminada a obtener, directa o indirectamente, un lucro, pero no a perjudicar directamente al colectivo anónimo de los consumidores, aunque, al estar formuladas alternativamente, basta con que se dé una de las tres finalidades, normalmente el ánimo de elevar los precios, para que se cumpla el tipo (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 121). Igual que ocurre en el art. 282, donde el perjuicio a los consumidores se configura como un peligro hipotético («puedan causar»), en el art. 281 debería ser entendido también como una consecuencia objetiva u objetivable de la acción de desabastecimiento, con lo que basta que se pueda producir y que el sujeto tenga conciencia de ello. Lo contrario supone dejar prácticamente sin aplicación el precepto. El art. 281 es ley especial frente al art. 284 (en este sentido BRAGE CENDÁN, p. 474, pero aplicando el criterio de la consunción, art. 8,3ª).

2. PUBLICIDAD FRAUDULENTA

Art. 282: «Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos».

En pocos delitos como en éste se ve la influencia de un bien jurídico de carácter colectivo o universal, como son los derechos de los consumidores, en su configuración típica. En realidad, en el art. 282 se tipifica una tentativa de estafa o, por lo menos, un acto preparatorio de la misma que incluso debería quedar fuera del ámbito de intervención del Derecho penal, siendo suficiente para su castigo con las sanciones administrativas que, por lo demás, ya existen (cfr., por ej., la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad o la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos; sobre la legislación extrapenal en esta materia, véase PUENTE ABA, pp. 35 ss.). Sin embargo, se considera conveniente hacer intervenir al Derecho penal en un estadio en el que, aunque aún no se ha producido ni va a producirse de manera inminente un daño patrimonial individual, se lesionan las expectativas del conjunto de consumidores ofreciéndoles masivamente productos que carecen de las calidades y características que oficialmente se les atribuyen en campañas de publicidad preparadas al efecto y que pueden inducirles a error. La técnica utilizada para brindar protección a este interés colectivo es la del delito de peligro, pero exigiendo una idoneidad para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. El Derecho penal pasa a ocupar un papel preventivo más afín al Derecho administrativo, con el que puede confundirse, cuando no a utilizarse como pretexto para ocultar los déficits de funcionamiento de los sistemas de control administrativo, mucho más eficaces cuando se emplean correctamente y a tiempo. Con ello se pretende atacar los fraudes publicitarios en un doble frente que no siempre es nítidamente diferenciable y que provoca algunos problemas interpretativos.

La protección penal autónoma de este bien jurídico colectivo puede reforzar también la del bien jurídico individual, ya que cuando la publicidad fraudulenta es constitutiva de otro delito (por ej. de estafa o de un delito contra la salud pública), este delito puede ser también objeto de valoración por la vía del concurso, tal como dispone el inciso último del art. 282, lo que puede determinar en la práctica que el delito publicitario funcione como una agravación del delito individual cometido, con el que estaría en concurso ideal-medial a castigar conforme a las reglas del art. 77 (en este sentido GÓMEZ RIVERO, pp. 3 ss.). La realidad jurisprudencial habida hasta la fecha demuestra, sin embargo, que, como todos los delitos de peligro, y mucho más en el ámbito económico, la intervención del Derecho penal sólo se produce cuando se constata efectivamente el perjuicio patrimonial o por lo menos la tentativa concreta de éste, quedando el delito de peligro más como una previsión hipotética que como una defensa efectiva del consumidor (véase CUERDA RIEZU, p. 79).

Frente a su nula aplicación jurisprudencial, la doctrina se ha ocupado extensamente de este delito; aquí sólo analizaremos sus aspectos más relevantes, remitiendo para más detalles a las obras citadas en bibliografía, especialmente a la de PUENTE ABA.

El delito debe cometerse en el ámbito de la «oferta o publicidad de productos o servicios», lo que extiende su aplicación a sectores más amplios que los que se desarrollan en la publicidad «masiva», que es la que de algún modo justifica la penalización autónoma. Por tanto, incluso en la «oferta» individual puede cometerse, lo que sin duda está muy próximo a la tentativa de estafa (dudoso, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 97; en contra, aludiendo a la necesidad de reiteración a distintos individuos, PUENTE ABA, pp. 298 ss.).

La acción puede realizarse tanto haciéndose «alegaciones falsas», como manifestando «características inciertas», para lo que habrá que tener en cuenta no sólo las reglamentaciones existentes sobre la publicidad de determinados productos, sino también los usos sociales y comerciales, en los que siempre suelen exagerarse las cualidades del producto que se pretende vender («X lava más blanco», o «C es la mejor cerveza del mundo»), sin que ello tenga especial incidencia motivadora en la conducta de los consumidores. En realidad, para ser relevante la acción debe ser similar a la acción engañosa constitutiva de estafa y aun así a veces será difícil distinguirla del «dolo civil» al que alude el art. 1269 del Código civil, como causa de anulabilidad de los contratos.

La acción tiene que ser además idónea para «causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores», lo que ya de por sí supone una importante restricción, ya que indirectamente se está exigiendo que también sea idónea para inducir a error al consumidor, dato sin el cual no podría causarse el perjuicio. Se trata, pues, de un delito de peligro hipotético, referido a un perjuicio «grave y manifiesto», que, obviamente, salvo que se llegue realmente a producir, tiene que ser valorado hipotéticamente por el Juez. La acción debe recaer sobre algún extremo esencial del objeto material, «productos o servicios», lo que prácticamente amplía el objeto material a cualquier objeto susceptible de contratación o intercambio (por ej., las acciones de un Banco en una oferta o en una ampliación de capital); pero en todo caso la publicidad fraudulenta debe recaer sobre datos que falseen el verdadero valor económico del producto.

El círculo de sujetos activos se limita a los fabricantes o comerciantes, lo que no excluye la posibilidad de incriminación a título de participación de las conductas de otras personas que cooperen o participen con estos sujetos en la publicidad fraudulenta (sobre todo, por ej., la de los agentes de publicidad o del personal del Departamento de publicidad de la empresa. Sobre la publicidad engañosa en Internet, véase SIERRA LÓPEZ).

3. FACTURACIÓN FALSA

> Art. 283: «Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos».

En el anterior Código penal se castigaba sólo con multa en el art. 537 al que alterare maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores del fluido eléctrico o cometiere cualquier otro género de defraudación. Sin embargo, en el actual art. 283, en la línea de reforzar la protección de los derechos de los consumidores, se castiga esta forma privilegiada de estafa, cuya acción consiste en una facturación falsa, habiendo manipulado previamente los aparatos automáticos que sirven para la medición del producto o servicio (contadores del agua, luz, teléfono, gasolina, etc.). La falsedad va referida sólo, por tanto, a la cantidad del producto o del servicio, no a otros extremos como calidad, sustancia, etc., cuya alteración fraudulenta sólo puede ser castigada por estafa. Indudablemente, este tipo de actividades incide casi siempre en la cantidad a facturar, dada la facilidad con la que se pueden manipular los aparatos contadores, pero su tipificación expresa como delito contra los consumidores sólo tiene sentido como delito de peligro y en la medida en que no puedan demostrarse las concretas defraudaciones particulares que se cometan, ni la cuantía global de las mismas, aunque esta misma característica permite también apreciar el *delito continuado*, cuando se den los presupuestos fijados en el art. 74. En el caso de que se pruebe un concreto perjuicio individual cabrá, por tanto, el concurso con el correspondiente delito de estafa, lo que, igual que veíamos sucedía en el delito de publicidad fraudulenta, conforme a las reglas del art. 77 conduce en la práctica a que el delito de facturación falsa funcione como una agravación del delito individual cometido, con el que estaría en concurso ideal-medial (para más detalles sobre este problema y

sobre la autonomía del delito, véase MARTÍNEZ PÉREZ, 1992/1993, pp. 370 ss., y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1998 y 1999, pp. 105 ss.).

ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS Y MAQUINACIONES PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995*: BAJO FERNÁNDEZ, *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, ADP 1973; el mismo, *Intento de alterar los precios en el mercado o en un acto aislado de contratación*, ADP 1978; el mismo, *Convenio entre postores de una subasta y las maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, CPC 1978; el mismo, *Derecho Penal Económico*, Madrid 1978; BOIX REIG, *Represión penal de las prácticas restrictivas de la competencia*, RDP 1977; FERNÁNDEZ ALBOR, *Pero el agio arrendaticio, ¿es delito o no?*, RFDUC monográfico 11, 1986; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas*, CPC 1981; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Delitos de alteración de precios, de prácticas restrictivas de la competencia y otros relativos a la regulación de mercados en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; MARTÍN PALLÍN, *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, en Delitos contra la propiedad, CDJ 1995; MARTÍNEZ PÉREZ, *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código penal de 1992*, EPC 1992/1993; QUINTERO OLIVARES, *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, NEJ XV, 1972.

Sobre el Código penal de 1995: BRAGE CENDAN, *Los delitos de alteración de precios*, Granada, 2001; EIRANOVA ENCINAS, *La alteración de los precios en concurso y subastas «públicos»*, La Ley 1997; GOMEZ PAVÓN, *Algunas reflexiones en torno al artículo 284 del Código penal*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; IÑIGO CORROZA, *La relevancia del fraude en los delitos de competencia*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid 2003; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; SOTO NIETO, *Alteración de precios en concursos y subastas públicas*, La Ley 1998; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada para alterar los precios del mercado*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDJ 1997; VARIOS, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), Madrid 2003.

La protección de la formación de precios en la economía de mercado ha tenido siempre una deficiente regulación en la Codificación penal española, aunque el delito tipificado en el actual art. 284 tiene gran raigambre en el Derecho penal español y se encontraba ya regu-

lado en el Código penal de 1848 como un «delito contra la propiedad», configuración que perduró hasta el Código penal de 1995. Su regulación anacrónica y su carácter excepcional motivaron en gran manera su escasa aplicación práctica. El funcionamiento de las reglas básicas que regulan la formación de los precios en la economía de mercado necesitaba una mayor protección que la que se le daba con este delito en el anterior Código penal (sobre el concepto de mercado a los efectos previstos en estos delitos, véase ÍÑIGO CORROZA, en VARIOS, pp. 208 ss.).

El actual art. 284, incardinado en la Sección tercera entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, tiene como objeto claramente la protección de la economía de mercado al castigar las alteraciones ilegales de los precios, pero dicha protección se brinda también y más eficazmente en otros delitos que se tipifican en la misma Sección tercera y debe ser completada con la alteración de los precios en concursos y subastas públicas que, sin embargo, se tipifica en el Código penal de 1995 en otro lugar del Título XIII, concretamente en el Capítulo VIII (art. 262). En realidad, la estructura típica de este último delito lo hace más afín a un delito patrimonial, pero también incide en la formación de los precios y, por tanto, en el mercado, con lo que se justifica su tratamiento en este epígrafe (en contra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 125, quien considera que en este delito se protege un bien jurídico de naturaleza privativamente individual).

Se puede decir, por tanto, que el *bien jurídico protegido* en los delitos que vamos a estudiar aquí es la *política económica de precios*, entendida como un poder ordenador que tiene la Administración para fijar los precios en función de los diversos factores concurrentes (libre concurrencia, importancia de determinados artículos, etc.). En el art. 262, sin embargo, se protege una forma específica de determinación de los precios en un sector concreto: los concursos y subastas públicas, pero con incidencia también en un ámbito socioeconómico más allá del puramente individual patrimonial (cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, pp. 24 ss.; BRAGE CENDAN, p. 64). Empezaremos por el estudio de este delito.

1. ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS

> Art. 262: «1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.
> 2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

Tipo objetivo

La acción consiste en solicitar dádiva o promesa; en intentar alejar a los postores con amenazas, dádivas o cualquier otro artificio (véase concurso *infra*); en concertarse con otros; o en quebrar o abandonar la subasta en la que se ha obtenido la adjudicación. El sujeto activo puede ser un licitador o cualquier otra persona.

Según el Código, la subasta ha de ser «pública». La referencia en el último inciso del apartado 1 a concursos y subastas convocadas por la Administración puede ser empleada como argumento a favor de la inclusión en este delito de las subastas «privadas». En todo caso, la exclusión de las subastas «privadas» del art. 262, coherente con la naturaleza socioeconómica que en nuestra opinión tiene este delito, no significaría siempre la impunidad de las maniobras en ellas realizadas, pues cabe el recurso de castigarlas por otros delitos como amenazas o coacciones, estafas, etc., cuando las acciones cumplan el tipo de tales delitos. Sin embargo, el criterio que finalmente se ha impuesto en la doctrina especializada es favorable a la inclusión de las subastas privadas en este precepto, entendiendo que el término «pública» debe interpretarse en un sentido puramente descriptivo (así EIRANOVA ENCINAS; BRAGE CENDAN, pp. 364 ss.).

Tipo subjetivo

En la modalidad de concertación, además del dolo es necesaria la finalidad de alterar el precio de remate; pero en el caso en que se

solicite dádiva o promesa para no tomar parte en la subasta no es exigible esta finalidad. En la modalidad de quiebra o abandono de la subasta, una vez adjudicado el bien, se exige que ello se deba a una maniobra fraudulenta, siendo por tanto necesario que ésa sea la intención del sujeto.

Consumación

El delito se consuma con la realización de la acción, no siendo necesario que efectivamente se produzca la alteración de los precios (aunque sí es preciso que a esto se dirija la intención del autor); en la modalidad de quiebra o abandono de la subasta es necesario, sin embargo, el efectivo abandono, que constituye al mismo tiempo la base para probar el ánimo fraudulento.

2. ALTERACIÓN DE LOS PRECIOS NATURALES

> Art. 284: «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de 12 a 24 meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos».

El problema central que plantea este precepto, y que condiciona toda su validez, es la interpretación de la expresión «precios que habrían de resultar de la libre concurrencia». Por precio se entiende generalmente la unidad de cambio por la que se adquiere un bien. La formación de los precios es muy compleja, de ahí las diferentes clases de precios: libres, declarados, regulados, etc., pero el precio al que se refiere el Código es el que resulta de la libre concurrencia. ¿Existe esa libre concurrencia en nuestro mercado? Si por *libre concurrencia* se entiende el modelo clásico de formación de los precios, que resultaban de la llamada competencia perfecta y que exige la atomicidad y perfecta transparencia del mercado, homogeneidad del producto, libre entrada en la industria, etc., entonces hay que decir que la situación ideal no se da ya en ningún sitio o por lo menos no se da en la situación económica española actual.

El precio «que habría de resultar de la libre concurrencia» es, por tanto, una entelequia, porque una «libre concurrencia» en el sentido clásico de la palabra no existe en el mundo económico moderno, que se caracteriza por una economía dirigida y por la existencia de grandes trust y monopolios. Se puede decir, en definitiva, que en la actualidad los precios se determinan por muchos factores que raras veces coinciden con la libre concurrencia. En todo caso, del tenor literal del precepto se deduce que quedan fuera del mismo los precios fijados directamente por la Administración, por ejemplo, viviendas públicas (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 127).

El art. 284 prevé de todos modos una situación económica utópica que condiciona fuertemente su validez. Si se quiere salvar su aplicación, a pesar de todo muy hipotética, habrá que entender por libre concurrencia una *libre concurrencia relativa*, es decir, una concurrencia en la que se deja margen a la iniciativa privada, junto con la intervención del Estado o de los grupos económicos de presión. En esta libre concurrencia relativa se forman unos precios normales que oscilan entre un máximo y un mínimo.

El objeto material son todas las cosas muebles e inmuebles susceptibles de contratación. La enumeración que se hace en el art. 284 es meramente ejemplificativa.

La acción consiste en «intentar» alterar los precios, y no es necesario que efectivamente se alteren para consumar el delito. Algunas modalidades de la acción que se citan en el art. 284 son de por sí constitutivas de delitos, que, conforme a la regla concursal del párrafo último del precepto, entran en concurso con el delito aquí previsto, salvo que su desvalor quede ya subsumido en el propio art. 284.

En el tipo subjetivo se exige la intención de alterar los precios.

ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL MERCADO DE VALORES

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995*: AUGER LIÑÁN, *Delitos bursátiles*, PJ núm. especial IX, 1989; FARALDO CABANA, *Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores en el proyecto de Código Penal de 1994*, EPC 1994/1995; GONZÁLEZ CUSSAC, *El abuso de información privilegiada*, CPC 1989; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El «insider trading»*, ADP 1993; LÓPEZ PEREGRÍN, *El «insider-trading» o abuso de información privilegiada bursátil*, AP 1993; MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, apéndice a la 8ª ed. del Derecho penal, Parte Especial, Valencia 1991; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal*, PJ núm. es-

pecial IX, 1989; SÁNCHEZ CALERO, *Delitos bursátiles,* PJ núm. especial IX, 1989; VARIOS, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Univ. Autónoma Madrid 4-17 oct. 1992*, Madrid 1995.

Sobre el Código penal de 1995: BAJO FERNÁNDEZ, *Uso de información privilegiada*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; CALDERÓN SUSÍN, *El abuso de información privilegiada en el mercado de valores,* en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996; FERRANDIS CIPRIAN/ MARTÍNEZ GARAY, *Tratamiento penal del abuso de información privilegiada en el mercado financiero,* EPC 2001-2002; GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, Barcelona 1997; HERNÁNDEZ SAINZ, *La nueva regulación penal de los abusos de información privilegiada*, AP 1997; LÓPEZ LOZANO, *Información privilegiada en los mercados de valores. Aportaciones de la jurisprudencia de los Estados Unidos*, La Ley 1997; MARTÍN PALLÍN, *Uso de información relevante para la cotización en mercado de valores*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDJ 1997; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial,* Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; RUIZ RODRÍGUEZ, *Protección penal del mercado de valores. (Infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Valencia 1997; el mismo, *El delito bursátil a la luz de la Ley 37/1998, de Reforma del Mercado de Valores,* en Homenaje a Valle, Navarra 2001; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Aportaciones recientes de los tribunales belgas en materia de delito de iniciados,* Revista de Derecho Bancario y Bursátil 1996; VARIOS, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), Madrid 2003.

La Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, introdujo en el anterior Código penal el delito de uso indebido de información privilegiada en el ámbito de la Administración pública cometido por autoridad o funcionario público (véase al respecto MUÑOZ CONDE, 1991 y 10ª ed., pp. 821 ss.), que ahora se tipifica entre los delitos contra la Administración pública en el art. 442 (cfr. *infra* capítulo XLI). Pero este tipo de abuso no sólo puede darse en este ámbito, sino también en otros de carácter económico en los que un conocimiento privilegiado de la situación económica derivado del ejercicio de una determinada actividad puede colocar a un sujeto en una situación de preeminencia respecto al resto de los ciudadanos y ello llevarle a aprovecharse de la situación para su lucro personal. Se rompe así un principio básico de la economía de mercado cual es que todas las partes concurrentes al mismo se encuentren en condiciones de igualdad. Esto es especialmente importante en relación con un sector de la economía como es *el mercado de valores*, sensible por definición a toda clase de especulaciones, rumores y noticias de todo tipo que pueden influir en el ánimo de los inversores para decidirles a realizar una determinada operación de compra o venta de acciones. Es justamente en ese ámbito donde surgió la preocupación por evitar que el abuso de información privilegiada pudiera beneficiar a unos pocos a costa de la ruina de los más y del descrédito del propio mercado. Por eso, desde el «crack» de la Bolsa de Nueva York en 1929 se ha ido imponiendo la idea de sancionar, primero por vía administrativa, luego penal, los abusos que en este ámbito se cometan. En España se emprendió primero la vía administrativa con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (art. 81). Pero algunos escándalos que salieron a la luz en 1993, en los que estaban implicados importantes personajes de las finanzas públicas y privadas, y la necesidad de robustecer la confianza en ese mercado, malparada por esos escándalos, determinaron que, además del mantenimiento de la tipicidad del delito contra la Administración pública del art. 442, se tipificara expresamente como delito relativo al mercado, y no como «delito societario» que era como iba regulado en el Proyecto de 1992, el abuso de información privilegiada en el mercado de valores, al que se dedica el art. 285 del Código penal de 1995.

Se trata, por tanto, de un verdadero delito económico que, igual que otros análogos contenidos en esta Sección (cfr. por ej., art. 284), pretende proteger una visión democrática del mercado de valores, es decir, la concurrencia en condiciones de igualdad de todos los inversores (en este sentido la doctrina dominante que se ha ocupado de los antecedentes de este delito en los Proyectos de 1992 y 1994, especialmente ARROYO ZAPATERO, en Jornadas Tiedemann, pp. 48 ss.; FARALDO CABANA, p. 59; y LÓPEZ PEREGRÍN. Ya en relación con el Código penal de 1995, RUIZ RODRÍGUEZ, 1997, pp. 328 ss., destaca el aspecto de «infidelidad» del sujeto activo; mientras GÓMEZ INIESTA, p. 363, le da mayor relevancia a la «confianza» de los inversores).

1. Tipo básico

> Art. 285: «1. Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será

> castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años».

Respecto al sujeto activo, aunque en el art. 285 no se exige ninguna cualidad especial y, por tanto, puede ser sujeto activo de este delito cualquiera, se produce una restricción del círculo de los posibles autores a los que hayan tenido acceso a la información reservada «con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial», con lo que de hecho se convierte en un delito especial en sentido estricto, con todo lo que ello conlleva de dificultad para hacer responsables penalmente a los que no tengan esta cualidad, salvo por la vía de la participación (inductor, cooperador necesario o cómplice, que puede ser también la «persona interpuesta»). Del ámbito de los sujetos activos hay que eliminar aquéllos que responden por el tipo especial previsto en el art. 442, es decir, las autoridades o funcionarios públicos.

El tipo objetivo se configura además a través de determinados elementos normativos como son:

– En primer lugar, el tener «acceso reservado» a la información, lo que hace de ésta una «información privilegiada». Aunque en el art. 285 no se da una definición de la misma, puede valer la que se da en el art. 442, que a su vez proviene del art. 81 de la Ley del Mercado de Valores: toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo (aquí, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial) y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

– En segundo lugar, la información debe referirse a «valores o instrumentos negociados», es decir, a acciones y obligaciones de sociedades mercantiles, títulos de la Deuda Pública, cédulas y bonos hipotecarios, participaciones en Fondos de Inversión y cualesquiera otros que sean susceptibles de negociación (letras del Tesoro, letras de cambio, pagarés, etc.).

– En tercer lugar, la negociación debe llevarse a cabo en algún «mercado organizado, oficial o reconocido». Ello limita la posibilidad de cometer este delito a aquellos ámbitos de la negociación regulados y autorizados para la misma. Normalmente, éste será el caso de las Bolsas de Valores, pero también otros mercados reconocidos por la Ley del Mercado de Valores, como el mercado de Deuda Pública, y otros mercados secundarios a los que el Gobierno puede autorizar para este tipo de negociaciones (véase, por ej., Real Decreto 1814/1991, de

20 de diciembre, por el que se regulan los mercados oficiales de futuros y opciones; para más información Faraldo Cabana, pp. 109 ss.).

En cuanto a la acción típica, se recoge una doble modalidad: por un lado, la de «usar» personalmente la información; por otro, la de «suministrar» la información a un tercero. Respecto a la primera modalidad no cabe la comisión por omisión; pero sí respecto a la segunda, en la medida en que una forma de suministrar es dejar que otro tenga acceso a la información.

El resultado es la obtención de un beneficio económico para sí o para un tercero, lo que correlativamente supone causar un perjuicio de idéntica entidad; pero el delito no es punible si dicho resultado no es «superior a 600.000 euros», lo que supone una *condición objetiva de penalidad*, que no debe ser abarcada por el dolo, pero que resulta de difícil prueba en la realidad de los mercados de valores. ¿Cómo se puede demostrar que una determinada operación movida por una información privilegiada ha tenido un determinado importe de ganancia? La consideración de este elemento como un resultado típico y, por tanto, como una consumación que caso de no producirse permitiría la punibilidad de la tentativa, no creo que sea compatible con la voluntad del legislador, equivocada o no, de sólo castigar este delito a partir de la determinación de esta cantidad como beneficio o perjuicio, y precisamente en función del mismo se determina la cuantía de la multa aplicable («de tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido»), lo que en el caso de la tentativa es de difícil, por no decir de imposible determinación. Quizás en el plano político-criminal hubiera sido preferible la configuración de este delito como un delito de peligro con idoneidad para producir un resultado de beneficio-perjuicio, pero no es ésta la vía utilizada (cfr., sin embargo, art. 442; Martínez-Buján Pérez, 1999, pp. 144 ss., considera, en cambio, que se trata de un resultado material y que cabe la tentativa, aunque obviamente siempre que se demuestre que el resultado que hipotéticamente podría haberse producido habría sido superior a la cantidad a partir de la cual el hecho es delictivo; en contra Gómez Iniesta, p. 432, quien, aunque admite que se trata de un delito de lesión, no admite la tentativa, por estimar que se consuma en el momento en que se realiza la conducta punible y que la cuantía del beneficio-perjuicio es una condición objetiva de penalidad; en este sentido también, aunque criticando la exigencia de la cuantía, Ruiz Rodríguez, 1997, p. 361, y 2001, p. 1810. Íñigo Corroza, en Varios, p. 303, considera punible la tentati-

va, citando a este respecto la decisión del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 2 de agosto de 2000, que entendió que no hubo información privilegiada en el «caso Villalonga», presidente de Telefónica, que adquirió y vendió unas acciones de su compañía tras saber que iba a realizarse una operación con una compañía americana que se produjo efectivamente meses después. La cuantía del lucro no llegó, sin embargo, al nivel exigido para el delito).

2. Tipos cualificados

> Según el art. 285,2, se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concurra alguna de las siguientes circunstancias:
> «1ª Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.
> 2ª Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.
> 3ª Que se cause grave daño a los intereses generales».

ABUSO Y MANIPULACIÓN DE APARATOS ELECTRÓNICOS

La reforma de 25 de noviembre de 2003 ha introducido en el art. 286 los siguientes tipos delictivos:

> «1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:
> 1º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.
> 2º La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1º.
> 2. Con idéntica pena será castigado quien, con ánimo de lucro, altere o duplique el número identificativo de equipos de telecomunicaciones, o comercialice equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta.

> 3. A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista.
> 4. A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación, se le impondrá la pena prevista en el artículo 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación».

El cada vez más floreciente negocio de la televisión privada por cable ha requerido una reforma del Código penal que, como en otras materias relacionadas con los avances tecnológicos, no tipificaba los usos fraudulentos que pueden darse en este ámbito. En el fondo se trata de proteger los intereses de las empresas concesionarias de estos servicios. La regulación extrapenal en esta materia establece quiénes son los titulares y las condiciones en las que se pueden obtener estos servicios vía Internet, canal televisión digital, etc.

Las conductas tipificadas en el apartado 1 tienen como común denominador el que se realicen con fines comerciales, lo que supone una lesión directa a los intereses económicos de los titulares de estos servicios, incluso una competencia desleal. Sin embargo, la tipicidad incluye conductas previas a la instalación e incluso la venta, como la fabricación o distribución, que más bien constituyen un peligro abstracto para dichos intereses. En el apartado 2 se tipifican conductas de alteración o falseamiento de los números de identificación de equipos de telecomunicaciones, siempre que se realicen con ánimo de lucro. Sin embargo, en el apartado 3 se castiga, aunque sólo con pena de multa, a quien, sin ánimo de lucro, facilite el acceso descrito en el apartado 1 o suministre información a una pluralidad de personas de cómo conseguir el acceso no autorizado a un servicio o de cómo utilizar los programas del apartado 1 «incitando a lograrlos», extremo éste que amplía las posibilidades de expansión del tipo a conductas muy alejadas de la lesión al bien jurídico. Por último, el apartado 4 castiga con las penas del art. 255 (véase *supra*, capítulo XIX) la utilización indebida de estos equipos o programas y el acceso a los servicios que los mismos posibilitan.

DISPOSICIONES COMUNES

La Sección cuarta del Capítulo XI contiene tres disposiciones comunes a los delitos previstos en las Secciones anteriores, que son los que hemos estudiado en este capítulo.

La primera disposición común (que, tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, sólo es aplicable a los delitos previstos en la Sección tercera, es decir, a los delitos relativos al mercado y a los consumidores) hace referencia a la perseguibilidad de estos delitos: en principio, sólo son perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales; pero cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal (art. 287,1). Sin embargo, el apartado 2 del mismo art. 287 establece que no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que permite su persecución de oficio sin ninguna exigencia de denuncia previa. Ello parece coherente con la importancia socioeconómica que a veces pueden tener estos delitos, cuya persecución penal no puede quedar supeditada en estos casos a la voluntad de la parte agraviada, tanto más cuanto, como se ha dicho, algunos de ellos inciden directamente en intereses generales como los derechos de los consumidores, el correcto funcionamiento de la economía de mercado, etc.

La segunda disposición común (que, como la siguiente, sí es aplicable a todos los delitos del Capítulo XI), contenida en el párrafo 1 del art. 288, hace referencia a la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si así lo solicitara el perjudicado, a la posibilidad de que el Juez o Tribunal ordene también su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

La tercera disposición común, contenida en el párrafo 2 del art. 288, faculta además al Juez o Tribunal para adoptar las medidas previstas en el art. 129 del Código penal, es decir, clausura de la empresa, disolución de la sociedad, suspensión de sus actividades, etc. Estas *consecuencias accesorias* son especialmente importantes en esta materia, dado que muchas veces estos delitos se cometen al amparo de sociedades creadas especialmente al efecto, o que llevan a cabo estas conductas como una manera de ejercer una competencia desleal.

CAPÍTULO XXIII

Delitos societarios. Receptación. Blanqueo de bienes

DELITOS SOCIETARIOS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Los delitos societarios en el Proyecto de 1992*, en Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Estudios de Derecho penal económico, Universidad de Castilla-La Mancha 1994; BACIGALUPO ZAPATER, *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos societarios en la reforma penal*, Partida Doble 1993 (también en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995); FARALDO CABANA, *Derecho comunitario de sociedades y Derecho penal*, Revista Xuridica Galega 1994; el mismo, *Los delitos societarios en el Anteproyecto de Código penal de 1994*, Foro Gallego 1995; GÓMEZ BENÍTEZ, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal*, ADP 1980; HEREDERO, J. L., *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*, Barcelona 1969; MARTÍNEZ PEREDA, *Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, PJ 1992; el mismo, *Introducción a los delitos societarios*, RMF 1997; MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito societario de administración fraudulenta*, EPC 1993/1994; MAZZACUVA, *Sanciones administrativas y sanciones penales en materia de ilícitos societarios*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico*, CPC 1982 (también en RJCat. 1982); el mismo, *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; el mismo, *Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; NIETO MARTÍN, *Ordenamiento Comunitario y Derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro*, AP 1995; OLIVA GARCÍA, *Sobre el llamado delito financiero*, RFDUC 1972; ORTS BERENGUER, *La administración fraudulenta de bienes ajenos en el ordenamiento vigente y en el Proyecto de Código penal de 1994*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; PIQUE VIDAL, *La protección penal del accionista*, RJCat. 1980; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*, ADP 1984; SÁNCHEZ-MORENO GÓMEZ, *Ley 26/1988, de 29 julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Los delitos societarios en el Anteproyecto del nuevo Código penal*, AJA 1992; SERRANO GÓMEZ, *Responsabilidad de administradores de sociedades y auditores de cuenta*, AP 1993; SILVA SÁNCHEZ, *El Derecho penal bancario en España*, AP 1994; STAMPA/ BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico*, Madrid 1980; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Participación en las de-*

cisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal, en La responsabilidad penal de las sociedades, CDJ 1994; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos financieros en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, DJ 1983; el mismo, *Delitos societarios*, Madrid 1983.

Sobre el Código penal de 1995: BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; el mismo, *Administración desleal y apropiación indebida*, La Ley 2001; CÁRDENAS ORTIZ/ GARRIDO PULIDO, *Protección penal de los interesados en el proceso de fusión de sociedades*, La Ley 1997; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal. (Art. 295 CP)*, Madrid 1998; COSTA BIDEGARAY, *El comportamiento abusivo de la mayoría: una visión desde la perspectiva del artículo 291 del Código penal*, AP 1999; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia 1998; el mismo, *Algunas reflexiones sobre el delito de administración social desleal del art. 295 del Código penal de 1995*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, 1997; ESCUDERO MORATALLA/ GARCÍA LLAMAS/ FRIGOLA VALLINA, *Delitos societarios*, Barcelona 1998; FARALDO CABANA, *Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995*, EPC 1996; el mismo, *Los delitos societarios*, Valencia 1996; el mismo, *Los delitos societarios*, Valencia 2000; el mismo, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia 2003; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales*, AJA 1996; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid 1998; FERRÉ OLIVÉ, *Sujetos responsables en los delitos societarios*, RP 1998; el mismo, *Las falsedades en la información social: artículo 290 del Código penal*, AP 1998; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta nº 15/1997, de 16 de diciembre, alcance de la conducta falsaria en el delito societario del artículo 290 del Código penal*, AP 1998; GARBERÍ LLOBREGAT, *Derecho penal de la empresa*, AJA 1998; GARCÍA ARÁN, *Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal*, Economist & Jurist 1996; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa:criterios de imputación*, Barcelona 1999; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios, un enfoque mercantil*, Madrid 1996; GARCÍA DÍEZ, *Delitos societarios*, RMF 1997; GARCÍA VALDÉS, *El nuevo Derecho penal de los negocios y de las sociedades mercantiles*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid 1996; GARRIDO PULIDO/ CÁRDENAS ORTIZ, *Protección penal de los interesados en el proceso de fusión de sociedades*, La Ley 1997; GÓMEZ BENÍTEZ, *Administradores de hecho y de derecho*, La Ley 1996; el mismo, *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, La Ley 1997; el mismo, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso en el nuevo Código penal*, La Ley 1997; el mismo, *De nuevo: Sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal*, La Ley 1998; el mismo, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos: reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid 2001; el mismo, *Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código penal y en la jurisprudencia*, AJA 2004; GONZÁLEZ GUERRA, *La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid 2003; GONZÁLEZ VIZCAYA, *Los delitos societarios en el nuevo Código penal*, AP 1997; GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos abusivos y lesivos penalmente relevantes en el ámbito societario*, RMF 1997; el mismo, *Problemática de los arts. 291 y 292 del Código penal*, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ 1997; HERMOSILLA MARTÍN, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, 1996; LACABA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles*, La Ley 2001; MAGRANER MORENO/ QUILES BODI, *La reciente configuración del delito contable en el Código penal de 1995*, Crónica tributaria 1996; MANZANARES SAMANIEGO, *Los administradores y los altos directivos en el nuevo Código penal*, AP 1997; MARTÍN PALLÍN, *Los delitos societarios*, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996 (también en RMF 1997); MARTÍNEZ PEREDA, *Los delitos societarios*, en El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales II, Madrid 1996; el mismo, *Introducción a los delitos societarios*, RMF 1997; MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros: el art. 294 del Código penal*, Madrid 2001; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos societarios*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; el mismo, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *El delito societario de administración desleal*, Valencia 2001; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; el mismo, *La tutela penal de la información societaria dirigida al público en el ámbito del mercado financiero*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; MATA Y MARTÍN, *Los delitos societarios en el nuevo Código penal de 1995*, Revista de Derecho de Sociedades 1995; el mismo, *Estructura fundamental del delito de administración desleal*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; MORALES PRATS, *Dos cuestiones sobre los delitos societarios: la frontera entre apropiación indebida y administración fraudulenta de sociedades y el ámbito incriminador de los arts. 291 y 292 del Código penal*, RDPP 1999; MUÑOZ CONDE, *Los delitos societarios*, en Homenaje a Tiedemann, Castellón de la Plana 1997; el mismo, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1999; el mismo, *Autoría y participación en la criminalidad organizada*, en Ferré Olivé/ Anarte Borrallo (edit.), Huelva 1999; el mismo, *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*, RDPC 2002; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996; el mismo, *El régimen penal de los auditores de cuentas*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia 1998; el mismo, *La falsa información en la actividad de los auditores de cuenta*, RP 2002; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad penal de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona 1997; PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 Código penal)*,

Valencia 2001; el mismo, *Los distintos conceptos de delito societario del Código penal de 1995*, La Ley 2001; POLO VEREDA, *Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos*, La Ley 1998; el mismo, *El administrador societario frente a la potestad inspectora y supervisora de la Administración pública*, AJA 1998; PORTERO HENARES, *El concepto de sociedad en el Código penal*, RCP 2001-2002; QUINTERO OLIVARES, *Sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal*, en Asúa Batarrita (edit.), Jornadas sobre el nuevo Código penal, Bilbao 1998; el mismo, *El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid 1997; el mismo, *Algunas reflexiones acerca de la sentencia del «caso Argentia Trust»*, en TSJ y AP, Aranzadi editorial, revista Quincenal 1998; el mismo, *Administración societaria fraudulenta y Derecho penal*, RDPC 2002; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, Pamplona 1996; SÁNCHEZ-JUNCO MANS, *Los delitos societarios*, RMF 1997; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Madrid 1997; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos societarios. Cuestiones generales*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; URRAZA ABAD, *La adopción de «acuerdos abusivos» como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código penal de 1995: acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia meramente mercantil*, La Ley 1996; VARIOS, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Madrid 1996; VARIOS, *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, A Coruña 1998; VARIOS, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), Madrid 2003; VARIOS, *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Terradillos Basoco/Acale Sánchez (coords.), Madrid 2004.

El Capítulo XIII del Título XIII trata de los «delitos societarios». Aunque en algunos Proyectos anteriores se utilizaba la expresión «delitos financieros», finalmente quedó como rúbrica del Capítulo la referencia al mundo societario, ya que, sin perjuicio de que la mayoría de las actividades que en él se describen tengan que ver con el mundo financiero, son las sociedades a las que alude el art. 297 los ámbitos donde se realizan este tipo de hechos. El art. 297 da, en efecto, una definición amplia de sociedad que acoge diversas clases de agrupaciones de personas que tienen en común el que para el cumplimiento de sus fines *participan de modo permanente en el mercado*. A este respecto, el art. 297 dice que «a los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

En algunos casos (cfr., por ej., arts. 290, 291, 293, 294 y 295) se equipara a las sociedades ya constituidas las sociedades en formación, ya que en el proceso de fundación de una sociedad, antes de su inscripción formal en el Registro Mercantil es frecuente que se concluyan acuerdos y negocios que no sólo tienen efectos internos, sino también frente a terceros. Aunque es discutible en la doctrina mercantil, también puede incluirse en el concepto de sociedad en formación la «sociedad irregular», que no sólo no está inscrita en el Registro, sino que tampoco va a ser inscrita, pero en este caso se aplican las normas de la sociedad civil o de la colectiva (art. 16,2 de la Ley de Sociedades Anónimas), encuadrables dentro del amplio concepto de sociedad que da el art. 297 del Código penal (sobre los administradores de hecho, véase *infra*: sujetos activos).

El ámbito de aplicación de estos delitos no se caracteriza, por tanto, sólo porque se realicen en el seno de las sociedades, sino que exige que éstas participen además de modo permanente en el mercado. El contenido de estos delitos se delimita aún más por exigir la mayoría de los tipos que los sujetos activos sean los administradores, de hecho o de derecho, de las sociedades. Sin embargo, en algunos tipos delictivos sujetos pasivos pueden serlo, además de los propios socios o la sociedad en su conjunto, personas ajenas a la sociedad, terceros acreedores, depositarios, cuentacorrentistas, etc. De este modo se observa inmediatamente que el objeto de protección no es sólo el Derecho de sociedades, sino también, en algunos casos, el derecho de las personas que se relacionan con las sociedades confiando en que éstas funcionen de acuerdo con las disposiciones que regulan sus actividades. Tanto en uno como en otro caso se trata de intereses patrimoniales privados, aunque por la propia importancia de las sociedades, especialmente las anónimas y las de responsabilidad limitada, los hechos que se tipifican en este Capítulo tengan también una dimensión socioeconómica que justifica su consideración como delitos contra el orden socioeconómico, con todas las salvedades que ya hemos hecho respecto a la autonomía de este concepto (véanse *supra* capítulo anterior).

Son varios los tipos delictivos que en relación con estos diversos bienes jurídicos se contienen en el Capítulo XIII, pero antes de examinar cada uno de ellos por separado vamos a ver sus elementos comunes.

I. ELEMENTOS COMUNES

1. Sujetos activos. Nos encontramos ante *delitos especiales*, lo que supone que sujeto activo de estos delitos sólo puede ser la persona que además de realizar la acción típica tenga las cualidades exigidas en el tipo. Sujeto activo de los delitos tipificados en los arts. 290, 293 y 294 sólo pueden ser los *administradores*, equiparándose al administrador de derecho el *administrador de hecho*, lo que encuentra apoyo en razones de política criminal, ya que, en caso contrario, se favorecería absurdamente con la impunidad a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar su designación o a quienes dolosamente hubieran creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios. Pero el concepto de *administrador de hecho*, al que también se alude de forma general en el art. 31 Cp, debe utilizarse, según la interpretación dominante de este concepto a partir del Código penal de 1995, para incluir en el ámbito de la autoría (directa, coautoría y autoría mediata) a los que fácticamente dominan la sociedad, aunque jurídicamente no figuren en el organigrama ni ostenten ningún cargo dentro de la sociedad, como, por ejemplo, el promotor, el apoderado, el liquidador, el verdadero propietario de la sociedad, etc. Sin embargo, una extensión tan desmesurada de este concepto sólo será posible en aquellos tipos delictivos que se configuran como delitos de dominio, no en los que consisten en la infracción de un deber específico que sólo incumbe a los que tienen ese deber en virtud de una relación jurídica (en este sentido García Cavero, pp. 109 ss.); el problema consiste en determinar cuándo estamos en presencia de una u otra clase de delito, lo que sólo se puede resolver a la vista del respectivo delito y en relación con el supuesto de hecho concreto (así, Nieto Martín, 1996, p. 268; Núñez Castaño, 1998, p. 368; Muñoz Conde, 2002, p. 88). Así, por ejemplo, en el art. 295 junto con los administradores se menciona como posible sujeto activo a los *socios*; en los arts. 291 y 292, sujeto activo puede, en principio, ser cualquier persona, pero por la propia índole de la acción típica sólo podrán serlo los que estén en condiciones de realizarla.

Especialmente importantes son en estos delitos, por su propio carácter de delitos especiales, la *comisión por omisión* y la *comisión colegiada* de los mismos. Respecto a la primera cuestión, se debe distinguir entre el administrador de hecho y el de derecho, pues sólo este último puede considerarse garante de que no se produzca el resultado debido a su investidura para la gestión de los asuntos sociales y

la conducción de la empresa (Terradillos Basoco, 1983, pp. 60 y 67). Respecto a la segunda, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones las atribuciones y funciones de los administradores tienen carácter colegiado, por lo que hay que individualizar la responsabilidad y establecer a quiénes va a alcanzar la responsabilidad en el supuesto, claro está, en que la decisión colegial constituya delito. En realidad, como dice Terradillos (1983, p. 61), la solución para estos casos de decisión colegial se encuentra en acudir a las reglas generales de la participación, aunque con las reservas y particularidades que impone la realidad de estos delitos (véase *infra*; también, Suárez González; Pérez Cepeda, pp. 291 ss.; Del Rosal Blasco, 1998; Martínez-Buján Pérez, 1999, pp. 184 ss.).

> A diferencia de la responsabilidad civil «solidaria» que establece el art. 133,3 de la Ley de Sociedades Anónimas, en Derecho penal no todos los miembros del órgano van a responder necesariamente por el delito cometido y aunque todos deban responder no tienen por qué hacerlo en igual medida; así, por ejemplo, cabe que no responda el que estando presente en la reunión del órgano colegiado salve su voto y que responda el que no está presente en la misma, porque con su ausencia haga posible la comisión del delito. También debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los supuestos responde tanto el administrador de derecho como el administrador de hecho, y que en la determinación de esa responsabilidad lo que importa es quién sea el verdadero autor, coautor o autor mediato, teniendo en cuenta para ello quién es el que domina las decisiones de la sociedad, aunque sea sirviéndose del aparato de poder de la misma a través de testaferros, hombres de paja, etc., y no quién es el que ejecuta las decisiones, que muchas veces no es más que un peón, mero cómplice o simple instrumento de la realización del delito societario o de otros concomitantes como la falsedad documental, la estafa, la insolvencia fraudulenta o el delito fiscal (en este sentido, con más extensión, Muñoz Conde, 2002, pp. 74 ss.).

2. Condición objetiva de perseguibilidad. El art. 296,1 somete la perseguibilidad de estos delitos a la presentación de *denuncia* de la persona agraviada o de su representante legal, aunque cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Se configuran, por tanto, estos delitos como delitos semipúblicos, delitos en los que se precisa la denuncia del ofendido manifestando su voluntad de que se persigan. Sin embargo, dicha condición de perseguibilidad se compadece mal con la trascendencia que estos delitos pueden tener para los intereses socioeconómicos y privatiza en exceso el ejercicio de la acción penal, convirtiéndolos en delitos «entre caballeros» que pueden llegar a acuerdos, o utilizar la denuncia como un arma de chantaje para forzar esos

acuerdos. De ahí que el apartado segundo del citado artículo establezca que no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. La «pluralidad de personas» debe admitirse también cuando el perjudicado sea *una* persona jurídica, pero integrada por un número relevante de personas físicas.

II. TIPOS DELICTIVOS

Aunque los delitos tipificados en el Capítulo XIII son los de más frecuente comisión en el mundo societario, no deben olvidarse los delitos comunes contra el patrimonio (principalmente, la estafa y la apropiación indebida) y las falsedades documentales que suelen darse también en este ámbito. De hecho, muchos de los delitos societarios tienen o pueden tener correspondencia con otros delitos, planteándose entonces el correspondiente *concurso de leyes* a resolver conforme a las reglas de la especialidad o de la alternatividad (cfr. art. 8), que pueden paradójicamente resolverse en algunos casos a favor del delito común. Con estas reservas, pasamos ahora a exponer las principales peculiaridades de los delitos societarios.

1. Falseamiento de documentos sociales

> El art. 290 castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, si no se llega a causar un perjuicio, y con dichas penas en su mitad superior si se llegare a causar un perjuicio, a «los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero».

En principio, se trata de castigar el falseamiento de documentos que por su propia naturaleza tienen el carácter de «mercantiles», por lo que sería suficiente para su castigo con lo dispuesto en el art. 392. Sin embargo, en este precepto no se incluye la modalidad contenida en el núm. 4º del art. 390,1, la falsedad ideológica «faltando a la verdad en la narración de los hechos». Es decir, que a no ser por la previsión expresa contenida en el art. 290, en relación con los documentos mercantiles y privados (cfr. arts. 392 y 395) la simple documentación de datos falsos en las cuentas anuales de la sociedad que

den una idea errónea de su situación, económica (por ej., inscribiendo partidas falsas en el activo, o no poniendo en el pasivo deudas reales) o jurídica (dependencia de otra sociedad, relaciones con terceros, etc.), quedaría impune, por atípica. Pero la trascendencia de estos datos tanto para la misma sociedad, como para los socios o terceros, obliga a tipificar expresamente este hecho (sobre la obligación de presentar las cuentas anuales de la sociedad _balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria_ y el informe de gestión, cfr. arts. 171 y 172 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En el art. 290 puede tener acogida la llamada «estafa de crédito», que por la vía de la estafa todo lo más podría castigarse como tentativa de la misma, si el perjuicio no llega a materializarse. Piénsese en una sociedad que al objeto de conseguir un crédito bancario presenta al banco un estado de cuentas en el que se rebaja el pasivo o se aumenta ficticiamente el valor del activo, consiguiendo de esta manera el crédito, que posteriormente devuelve o que, en todo caso, pretende devolver si la actividad que piensa llevar a cabo con el crédito tiene éxito. Lo que probablemente en relación con un particular es atípico o todo lo más una tentativa de estafa, puede y debe castigarse en el ámbito social, dada su mayor trascendencia en el mundo de la economía crediticia (así ya lo puso de relieve SILVA SÁNCHEZ, 1994, p. 907; también MUÑOZ CONDE, CDJ 1995, p. 163; un desarrollo de esta tesis, aplicándola también a otros supuestos, hace NÚÑEZ CASTAÑO, 1998; dudoso PÉREZ VALERO, Valencia 2001, p. 456). En todo caso, la coincidencia, cuando la haya, con el delito previsto en el art. 392 (falsificación de documento mercantil) debe ser resuelta en favor del delito societario, cuya pena de prisión es superior en el límite mínimo.

El delito previsto en el art. 290 se configura como un delito de peligro, exigiéndose sólo que la conducta sea «idónea» para causar un perjuicio; si éste además se produce (art. 290, párrafo 2º) se aplica la pena en su mitad superior y se excluye el concurso con el delito de estafa, pero si el hecho pudiera tener mayor pena por el delito de estafa será éste de preferente aplicación. Al ser un delito de peligro, el bien jurídico directamente protegido es, por un lado, la confianza de los socios en que la documentación manejada por los administradores refleje correctamente la situación económica y jurídica de la sociedad, pero, por otro, la confianza de los terceros, especialmente de los acreedores que puedan relacionarse con la sociedad confiando en que los datos documentales reflejen exactamente su situación. El dolo sólo tiene que referirse, por tanto, a la falsedad de la documentación y a la

idoneidad de la misma para causar un perjuicio (para más detalles, NÚÑEZ CASTAÑO, 1998; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, pp. 202 ss.; GONZÁLEZ GUERRA, en VARIOS, 2003, pp. 193 ss.).

2. Imposición de acuerdos abusivos o lesivos

Son dos los artículos relacionados con estas conductas:

> El art. 291 castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido a «los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma».

> El art. 292 castiga con las penas del artículo anterior «a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito».

En el art. 291 se castiga la imposición de acuerdos abusivos en perjuicio de los demás socios. Pero dado que dichos acuerdos pueden ser impugnados también por las minorías conforme al art. 143 de la Ley de Sociedades Anónimas, no parece que mientras subsista ese derecho deba penalizarse el acuerdo abusivo como tal. Por ello, un sector de la doctrina (NIETO MARTÍN, 1996; FARALDO CABANA, 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 222) recomienda una interpretación restrictiva del mismo, lo que por lo demás se deduce de su propio tenor literal, que exige el ánimo de lucro propio o ajeno y que los acuerdos no «reporten beneficios» a la sociedad, de lo que se desprende que cuando no hay ese ánimo de lucro o el acuerdo beneficie a la sociedad el hecho deja de ser delictivo.

En el art. 292 se castigan, por el contrario, una serie de hechos que ya de por sí pueden ser constitutivos de delito, de ahí la reserva que se hace en el último inciso («sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito»). Ello es especialmente claro respecto al «abuso de firma en blanco», que ya de por sí es constitutivo de un delito de estafa cualificado (cfr. art. 250,1,4º) castigado incluso con más pena que el hecho tipificado en el art. 292. Los demás supuestos pueden dar lugar también a la comisión de otros delitos (falsedades, coacciones) con los que también puede entrar en concurso. En el art. 292 basta con que el hecho pueda perjudicar a algún socio, aunque redunde en beneficio de la sociedad.

Tanto el art. 291, como el 292 exigen un ánimo de lucro propio o ajeno, o un aprovechamiento para sí o para tercero, no siendo necesaria la producción efectiva de un perjuicio («en perjuicio» quiere decir con ánimo de perjudicar o para perjudicar, pero no que se produzca el perjuicio efectivamente; en contra de esta interpretación, exigiendo también en el delito previsto en el art. 291 un resultado lesivo y la correlativa obtención de un beneficio, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 231).

3. Obstaculización al ejercicio de los derechos de los socios

> El art. 293 castiga con la pena de multa de seis a doce meses a «los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes».

La penalización de la obstaculización al ejercicio de determinados derechos de los socios pretende reforzar la protección jurídica que la propia Ley de Sociedades Anónimas concede a los socios en relación con la información y la participación en la gestión o control de la sociedad, así como el derecho a la suscripción preferente de acciones, cuando así lo dispongan las leyes (cfr., respecto al derecho de información de los socios, arts. 48,2,d, 112 y 212,2; respecto al derecho de suscripción preferente, arts. 48,2,b y 158; sobre los derechos de asistencia y voto e impugnación de acuerdos sociales, el art. 48,2,c, todos ellos de la Ley de Sociedades Anónimas). Pero el ejercicio de estos derechos está fuertemente reglamentado, de forma que sólo la obstaculización no amparada legalmente puede ser subsumible en el art. 293, pues la propia Ley de Sociedades Anónimas permite algunas restricciones a esos derechos (así, por ej., el art. 159,1 atribuye a la Junta general competencia para acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente «cuando el interés de la sociedad así lo exija»). También el derecho de información del socio puede ser

restringido, según algún sector de la doctrina mercantilista, cuando pueda perjudicar, obstruir o paralizar la vida de la sociedad. Por todo ello, parece excesiva la penalización de estas conductas obstaculizadoras, sin exigencia de otros requisitos.

4. Obstaculización a tareas de inspección o supervisión

> El art. 294 castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, a «los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras». Además, según el párrafo segundo del mismo artículo, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el art. 129 del propio Código penal.

En este precepto se castiga la obstaculización a la labor de supervisión y control que en relación con determinadas actividades o determinado tipo de sociedades tiene la Administración (véase, por ej., la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el comentario a la misma de SÁNCHEZ-MORENO GÓMEZ, pp. 341 ss.; o el art. 13 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de la Ley del Mercado de Valores, etc.). Más que un delito societario, contra la sociedad o los socios, es un delito contra la Administración pública, o contra la función de control e intervención de la misma en el ámbito de las sociedades. La Administración tiene en esta materia facultades sancionatorias que deben ser, en principio, suficientes para sancionar las actividades de obstaculización a sus funciones de control y supervisión; pero en el art. 294 se castiga el plus adicional de que la obstaculización se traduzca en «negar o impedir», es decir, en una desobediencia explícita a los requerimientos administrativos que comporte un impedimento absoluto de la actividad inspectora o supervisora (en este sentido VALLE MUÑIZ, en QUINTERO, Comentarios, pp. 686 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 261). Por tanto, cuando la falta de inspección o control se deba más a la negligencia de la Administración que a la obstaculización misma que opone la sociedad, no habrá este delito. El art. 2 de la Ley 26/1988 prevé que las sanciones administrativas sean compatibles con las penales (hoy especialmente previstas en el art. 294 del Código penal), lo que, en principio, es admisible, siempre que no exista identidad entre el hecho que motiva

la sanción penal y el hecho que motiva la sanción administrativa (en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 263; MUÑOZ CONDE, CDJ 1995; NUÑEZ CASTAÑO, 2002, pp. 70 ss.; véanse también sobre esta legislación en relación con la actividad bancaria, SILVA SÁNCHEZ, 1994; MARTÍNEZ RUIZ, pp. 70, 141, 238 y 286 ss. También NIETO MARTÍN, 2001, pp. 410 ss., que señala las insuficiencias del art. 294 para sancionar adecuadamente la obstrucción de la auditoría. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, en VARIOS, 2003, pp. 324 ss., señala la posible inconstitucionalidad de este delito por infringir el principio constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo).

III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ART. 295: LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL FRAUDULENTA

> Dice el art. 295: «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido».

Diferencias con la estafa y la apropiación indebida

La necesidad de tipificar este hecho había sido puesta ya de relieve por la doctrina y la jurisprudencia, ante la impunidad con que podían producirse acciones que perjudican un patrimonio ajeno confiado al autor, al no poder subsumirse en el delito de estafa, básicamente porque no existe el engaño previo, sino una ruptura de la confianza, y aun dándose un engaño, porque en este caso el que engaña es el mismo que realiza la disposición patrimonial.

Tampoco se dan siempre los elementos de la apropiación indebida, ya que generalmente no se trata de la apropiación de dinero o cosas muebles entregadas por un título que obligue a devolver, sino de actos de disposición que afectan a derechos patrimoniales en general y no a la propiedad de cosas determinadas.

Por las razones ya dichas en el capítulo XIX, no me parece necesario para la existencia de un delito de apropiación indebida en caso de administración que el sujeto activo se apropie definitivamente del

bien que administra, pero ciertamente hay que reconocer que no todos los casos de gestión desleal del patrimonio social merecedores de pena pueden subsumirse sin dificultad en este delito. Así sucede, por ejemplo, cuando se adquieren las acciones del Banco con los propios recursos restando eficacia al capital social (*abuso de autocartera*); o cuando los administradores dan «créditos blandos» a bajo interés, o conceden préstamos de grandes sumas de dinero, que nunca se devuelven, o que se van renovando indefinidamente, a sociedades controladas o propiedad de los propios administradores; o cuando los administradores invierten su (?) dinero en otras Sociedades con el fin de, una vez controladas, vendérselas a la Entidad que administran obteniendo con tal venta enormes beneficios económicos. Probablemente, muchas de estas conductas no son más que «tapaderas» para ocultar verdaderas apropiaciones indebidas de los fondos sociales, pero no siempre es fácil probar el ánimo de apropiación, en beneficio propio o de tercero, más allá del simple mal uso o de la disponibilidad temeraria o desleal de los bienes sociales, y hay que recurrir, para castigarlas, al art. 295 que no exige ese ánimo de apropiación definitiva; pero si, al mismo tiempo, son constitutivas de apropiación indebida, habrá un *concurso de leyes* a solucionar por la vía de la alternatividad (art. 8,4), es decir, aplicando el precepto que prevea una pena más grave para el hecho, generalmente la apropiación indebida. El art. 295, interpretado de esta manera, no es más que un tipo residual de la apropiación indebida que incluye algunos casos que no son subsumibles en ésta, pero que queda desplazado por ella cuando coinciden ambos en un mismo supuesto de hecho y la pena de la apropiación indebida es más grave que la del art. 295.

La STS de 26 de febrero de 1998 («caso Argentia Trust») y las de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000 y del TS de 29 de julio de 2002 («Caso Banesto»), que aplicaron el delito de apropiación indebida a supuestos que hoy podrían castigarse por el art. 295, han puesto de relieve las coincidencias entre uno y otro delito (en contra de esta tesis, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998 y 2002, quien defiende que la apropiación indebida requiere la apropiación «definitiva» del dinero. De todos modos, las diferencias entre apropiación indebida y administración social fraudulenta seguirían siendo, incluso admitiendo la tesis de la citada autora, difíciles de marcar en otros casos; el tema es objeto de viva discusión doctrinal, véanse, por ej., MORALES PRATS, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2001, CASTRO MORENO, GÓMEZ BENÍTEZ, 1997, 1998 y 2004, NIETO MARTÍN, 1996, BACIGALUPO ZAPATER, etc.).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el problema de la administración desleal del patrimonio ajeno no es un problema exclusivamente societario, sino que presenta un alcance más general; en el art. 295 sólo se tipifica cuando las conductas se realizan en este ámbito, faltando un delito genérico de infidelidad o de gestión desleal del patrimonio ajeno, que sólo será punible si constituye apropiación indebida en su modalidad de «distracción» (cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, pp. 1207 ss.).

El *bien jurídico protegido* en el art. 295 es, por tanto, un conjunto de derechos. Por un lado, los de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital; por otro, los de la sociedad, de cuyos bienes se dispone fraudulentamente o a cuyo cargo se contraen obligaciones. Por «bienes de la sociedad» hay que entender las «propiedades sociales» y el «patrimonio de afectación»; también se mencionan expresamente los «valores» y el «capital».

La *acción típica* se caracteriza por una doble modalidad: por un lado, «disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad»; por otro, «contraer obligaciones a cargo de ésta».

Sujetos activos pueden ser tanto los administradores de derecho o de hecho como los socios que estén en condiciones de realizar la conducta típica; se trata, por tanto, de un delito especial.

Sujetos pasivos, y, en consecuencia, titulares del bien jurídico protegido, pueden ser los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administre el sujeto activo.

El delito se configura como un delito de resultado lesivo, en cuanto se exige la causación directa de un perjuicio económicamente evaluable a cualquiera de los sujetos pasivos enumerados en el precepto. La exigencia del perjuicio dificulta, desde luego, la persecución de este hecho, por lo menos en su forma consumada, dada la dificultad probatoria del mismo, pero nada impide, a mi juicio, la punición de la tentativa, que de hecho funcionaría como un *delito de peligro*, configuración preferible para una mejor persecución de estos hechos (véase ORTS BERENGUER, p. 225, nota 9). No obstante, no le falta razón a CASTRO MORENO (p. 421) cuando resalta que la referencia en el art. 296 a los «perjudicados» como únicos legitimados, en principio, para denunciar el delito dificulta, aparte de por otras razones prácticas, el castigo de una tentativa de administración desleal, en la que obviamente no puede hablarse de perjudicados.

En el *tipo subjetivo* se exige que el sujeto activo actúe «en beneficio propio o de un tercero» y con «abuso de las funciones propias de su cargo» de tal manera que las operaciones mercantiles de riesgo, aunque puedan suponer un perjuicio para la sociedad, no serán típicas si se realizan respetando los mandatos representativos, dentro de las

atribuciones que a los administradores concedan la ley y los respectivos estatutos societarios (cfr. arts. 128 y 129 Ley de Sociedades Anónimas). En el art. 295 no se castiga la «mala» gestión o la gestión incompetente, sino la fraudulenta y, por tanto, desleal. Se hace difícil, sin embargo, diferenciar una y otra clase de gestión y éste puede ser el portillo por el que se escapen algunos de los implicados en estos hechos. Pero debe tenerse en cuenta que algunas de estas actividades son ya de por sí constitutivas de estafa, apropiación indebida o falsedades documentales, aparte de los delitos fiscales a que dan lugar y de las responsabilidades civiles ante la propia sociedad que puedan exigirse con el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil. El problema de la persecución de estos delitos sigue siendo, pues, tanto antes como ahora, las dificultades probatorias de los hechos que los constituyen y el deficitario funcionamiento de los órganos de control e inspección administrativos, sobre todo en los sectores donde más suelen darse, que son los financieros y los bancarios.

RECEPTACIÓN. BLANQUEO DE BIENES

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Inconstitucionalidad de la presunción de habitualidad en la receptación*, La Ley 1986; BAJO FERNÁNDEZ, *Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos*, en Homenaje Del Rosal, Madrid 1993; BUSTOS RAMÍREZ, *Perspectivas actuales del Derecho penal económico*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; CADENAS CORTINA, *Problemas de la penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero*, CPC 1995; CARMONA SALGADO, *La receptación*, en Delitos contra la propiedad, CDJ 1995; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, Barcelona 1955; CUERDA ARNAU/ VIDALES RODRÍGUEZ, *Las nuevas conductas de «blanqueo de capitales» en materia de tráfico de drogas*, en Homenaje a García Sanz, Valencia 1995; DE LA MATA BARRANCO, *Límites de la sanción en el delito de receptación*, Madrid 1989; DÍEZ RIPOLLÉS, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español*, AP 1994; FABIÁN CAPARRÓS, *Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992*, ADP 1993; FARIA COSTAS, *El blanqueo de capitales*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; FARRÉ TREPAT, *Casos límite entre el encubrimiento y la receptación*, ADP 1988; GÓMEZ INIESTA, *Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español*, en Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Estudios de Derecho penal Económico, Universidad Castilla-La Mancha 1994; GÓMEZ PAVÓN, *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC 1994; MARTOS NÚÑEZ, *El delito de receptación*, Madrid 1985; el mismo, *La receptación profesional*, CPC 1985; RODRÍGUEZ DEVESA, *Encubrimiento*, NEJ VIII, 1958; RUIZ ANTÓN, *Receptación sirviéndose de establecimientos abiertos al público (art. 546 bis b)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; RUIZ VADILLO, *El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura*, BIMJ 1992; SERRANO GÓMEZ, *La habitualidad en el delito de receptación*, AP 1992; SILVA SÁNCHEZ, *La receptación específica*, en Comentarios a la legislación penal XII, Madrid 1990; VARIOS, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero*, CDJ 1994; VIDALES RODRÍGUEZ, *La última reforma del Código Penal en materia de drogas*, RGD 1993.

Sobre el Código penal de 1995: ABEL SOUTO, *Normativa internacional sobre el blanqueo de bienes y su recepción en el Ordenamiento penal español*, Santiago de Compostela, 2001; el mismo, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela 2002; el mismo, *Ocultación de dinero procedente del narcotráfico en una caja de seguridad*, RDPC 2004; ÁLVAREZ PASTOR/ EGUIDAZU, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona 1998; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid 2000; BASSIOUNI/ GUALTIERI, *Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas*, RDPC 1996; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona 1997; el mismo, *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales*, ADP 1997; el mismo, *Responsabilidad penal de los empleados de banca*, Granada 1999; BOTTKE, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*, RP 1998; CID CEBRIÁN, *Ley del fondo de bienes decomisados en causas por narcotráfico*, AJA 1996; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Valencia 1997; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid 1998; FARALDO CABANA, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995*, EPC 1998; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, Barcelona 1997; HASSEMER, *Localización de ganancias: Ahora con el Derecho penal*, RCP 1998; HUERTA TOCILDO, *Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines*, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996; LAMPE, E.-J., *El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)*, EPC 1997; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; MARTINOT, *Tráfico de drogas y blanqueo de dinero, ¿una Política Criminal Europea?*, AP 1997; MARTOS NÚÑEZ, *Receptación y blanqueo de bienes*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid 2000; PALOMO DEL ARCO, *Receptación y figuras afines*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; RAGUÉS Y VALLÉS, *Blanqueo de capitales y negocios estándar*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid 2003; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Algunas cuestiones relativas a la regulación penal del blanqueo de capitales*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; SOTO NIETO, *El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo*, La Ley 1996; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Blanqueo de capitales y*

merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española, CPC 1996; VARIOS, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), Madrid 2003; VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia 1997; ZARAGOZA AGUADO, *Receptación y blanqueo de capitales*, en El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales III, Madrid 1996.

El Capítulo XIV trata, según reza su rúbrica, «De la receptación y otras conductas afines»; en realidad se contienen en él dos delitos que en el Código penal anterior se encontraban regulados en Títulos diferentes y con algunas diferencias respecto a la regulación actual. Uno de ellos es la receptación; las conductas afines de las que se habla en la rúbrica del Capítulo se pueden englobar bajo el nombre de «blanqueo de bienes».

RECEPTACIÓN

La razón de la incriminación del delito de receptación es, por un lado, que favorece al autor de cualquier delito de índole económica al ayudarle a que se beneficie de los efectos del delito en el cual ha intervenido —ya que el receptador le paga una cantidad al autor a cambio de ellos—, beneficiándose, al mismo tiempo, el propio receptador de los efectos del delito de índole económica cometido por otro, ya que normalmente paga por ellos una cantidad menor de lo que valen. Pero, por otra parte, la conducta del receptador afecta también al bien jurídico protegido ya lesionado por el delito precedente (por ej., la posesión cuando el delito precedente es un hurto) y agrava más aún la lesión a estos bienes jurídicos. Este doble fundamento, criminológico y jurídico, es el que inspira la regulación legal.

La receptación continúa siendo un delito conexo o de referencia a otro y, en el caso de la receptación de delitos, su penalidad seguirá dependiendo de la penalidad (abstracta) asignada al delito del cual proceden los efectos. La receptación habitual de faltas, aunque siga manteniendo su carácter de referencia respecto de las faltas precedentes, se castiga independientemente de la penalidad que pueda corresponderle a éstas. En todo caso, según dispone el art. 300, la receptación se castiga «aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena». La dependencia de la receptación respecto al delito precedente principal se refuerza por el hecho de que se excluye expresamente el castigo por receptación al que se aprovecha de los efectos de un delito en cuya realización ha intervenido.

A efectos de prueba, la receptación puede aplicarse de forma alternativa con el delito de referencia: por ej., si al sujeto se le ocupan objetos robados, pero no puede demostrarse que los robó él, siempre cabe la posibilidad de castigarlo por delito de receptación (cfr. STS 29 marzo 1988).

A) RECEPTACIÓN DE DELITOS

a) Tipo básico

> Dice el art. 298,1: «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, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Tipo objetivo

La acción consiste bien en ayudar a los responsables de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico a aprovecharse de los efectos del mismo, bien en recibir, adquirir u ocultar tales efectos. Por efectos hay que entender el objeto material mismo de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico. No cabe pues la receptación sustitutiva, es decir, la receptación de bienes adquiridos con el dinero sustraído (cfr., sin embargo, *infra*: blanqueo de bienes).

El sujeto activo puede ser cualquier persona que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice en el delito del que proceden los efectos.

El delito precedente ha de ser «un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico», es decir uno de los delitos que bajo esta rúbrica se tipifican en el Título XIII, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, que se refería a cualquier delito contra los bienes, como podía ser la malversación de caudales públicos. Sin embargo, la nueva configuración del blanqueo de bienes (véase *infra*) y del encubrimiento (véase *infra* capítulo XL) cubre las lagunas que podrán derivarse de esta restricción.

Cabe también la receptación en cadena, es decir la receptación de la receptación, siempre que sea el mismo objeto material del delito originario (MARTOS NÚÑEZ, 1985, p. 202; STS 20 mayo 1976).

Tipo subjetivo

Sólo es punible la comisión dolosa, siendo necesario el conocimiento de que los efectos proceden de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y el ánimo de lucro (véase *infra*, lo relativo al delito de encubrimiento, capítulo XL).

Penalidad

La pena de este tipo básico es de prisión de seis meses a dos años, pero de conformidad con el apartado 3 del art. 298, en ningún caso puede imponerse una 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 debe ser 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.

b) Tipo cualificado

El apartado 2 del art. 298 prevé la imposición de la pena en su mitad superior cuando el que recibe, adquiere u oculta los efectos del delito lo haga para traficar con ellos. Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos, según dispone el apartado 2 del art. 298, los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. También para el tipo cualificado el apartado 3 del art. 298 dispone que en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto, indicando lo que hay que hacer en caso de que esté castigado con pena de distinta naturaleza (véase *supra*).

B) RECEPTACIÓN DE FALTAS

> Dice el art. 299: «1. El que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechara o auxiliara a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.
> 2. Si los efectos los recibiere o adquiriere para traficar con ellos, se impondrá la pena en su mitad superior y, si se realizaran los hechos en local abierto al público, se impondrá, además, la multa de 12 a 24 meses. En estos casos los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años».

Las características son similares a las de la receptación de delito, pero con diferencias fundamentales:

– Sólo es posible cuando los efectos proceden de una falta contra la propiedad, aunque es de suponer que el legislador ha querido referirse a las faltas comprendidas en el Titulo II del Libro III Cp, «Faltas contra el patrimonio», quedando incluidas en este título las faltas de índole económica como la cometida contra el erario público o la falta prevista en el supuesto de fraude de subvenciones.

– Sólo es típica la receptación de faltas cuando ésta se realice de forma habitual. El concepto de habitualidad, que precisamente ya no se contempla en la receptación de delitos a diferencia de la regulación anterior, es un concepto fáctico, independiente de la reincidencia y del concepto de habitualidad que se da en el delito de malos tratos en el art. 173,2 y de la definición de reos habituales que da el art. 94. Según el concepto tradicional es necesario que se hayan cometido tres o más actos de receptación, aunque el sujeto no haya sido condenado anteriormente por ellos. Cuando no concurra esta habitualidad, la receptación de faltas no será punible.

C) CONSUMACIÓN

La consumación de la receptación de delitos y de faltas se produce cuando el sujeto activo se aprovecha, para sí o para el autor o partícipes de los mismos, de los efectos del delito. El momento en que se produce este «aprovechamiento» ha originado controvertidas opiniones. Así, la línea jurisprudencial seguida ha sido la de considerar que el aprovechamiento se produce con la simple adquisición, bastando sólo que en el caso del receptador éste tenga la «libre disponibilidad»

sobre los objetos receptados, aunque no llegue a lucrarse efectivamente con ellos.

BLANQUEO DE BIENES

Las «conductas afines» a la receptación de las que se habla en la rúbrica del Capítulo XIV son conductas que coloquialmente han venido denominándose «blanqueo de dinero» o «lavado de capitales», que por primera vez se introdujo en el anterior Código penal con una reforma de 1988. Originariamente este delito se vinculó al narcotráfico y se tipificó expresamente para cubrir las lagunas de punibilidad que podrían darse en este ámbito aplicando sólo los delitos de receptación o encubrimiento (cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 537 ss.). Más tarde se amplió su ámbito de aplicación en el Código penal de 1995, ya que en él este delito no se refería en exclusividad a los bienes que procedían de los delitos de tráfico de drogas y precursores, sino que se extendía a los bienes procedentes de la comisión de cualquier delito grave, con lo que se abarcaban supuestos de enriquecimiento que se dieran en torno a otros delitos como algunos delitos socioeconómicos, malversación de caudales públicos, fiscales o los relativos a la prostitución de menores. Finalmente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado el art. 301,1 incluyendo el blanqueo de bienes que tienen su origen «en un delito», lo que supone una ampliación desmesurada del tipo.

El problema del bien jurídico protegido

Para un sector de la doctrina el castigo del blanqueo de bienes pretende proteger la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado, que debe ser protegida contra la incorporación de los bienes de procedencia delictiva (en este sentido, DEL CARPIO DELGADO, p. 81; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 296). Pero no cabe duda de que de algún modo también se cuestionan con este delito otros bienes jurídicos como la libre competencia (BLANCO CORDERO, 1997, pp. 191 ss.), la Hacienda Pública y la Administración de Justicia (VIDALES RODRÍGUEZ, 1997, p. 85). Algún autor considera, en cambio, que el blanqueo en sí mismo considerado es un hecho beneficioso para la economía que posibilita la vuelta al mercado legal de los capitales derivados de un delito (en este sentido, BAJO FERNÁNDEZ), y otros, como SUÁREZ GONZÁLEZ (en Compendio, p. 565), que la norma parece más bien

dirigida a reprimir determinadas formas de *criminalidad organizada*. Pero, como señala GÓMEZ INIESTA (1997, p. 40), igual que sucede en el delito de receptación, el blanqueo debe ser castigado no sólo porque favorece el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito y, por tanto, induce a su comisión como forma de obtención de un lucro, sino porque afecta directamente al funcionamiento de la economía de mercado y al control del mismo ya desde el origen o fuente del ingreso por parte del Estado a través de su actividad tributaria. Su consideración como delito socioeconómico está, por tanto, plenamente justificada.

I. TIPO BÁSICO

> Dice el art. 301: «1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.
> La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.
> 2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos». Sobre los apartados 3 (comisión imprudente), 4 (extraterritorialidad de la ley penal) y 5 (comiso), véase *infra*.

Tipo objetivo

El núcleo de la conducta del párrafo primero no recae ahora en la realización de actos de adquisición, conversión o transmisión de los

bienes, sino que lo importante es que la realización de estos actos o cualesquiera otros («cualquier otro acto») sea 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».

El número segundo tipifica diversas acciones mediante las cuales se puedan introducir en el tráfico legal los beneficios que procedan de delitos. Esta «ocultación o encubrimiento» no va referida exclusivamente a los bienes o derechos, sino también al origen ilícito de éstos. La relación entre este número y el primero es de alternatividad (cfr. STS 19 febrero 2002 y comentario a la misma de ABEL SOUTO, 2004, pp. 315 ss.).

El *objeto material* del delito lo constituyen los bienes procedentes de un delito, así como alguna de las manifestaciones externas de éstos como el origen, la ubicación, la propiedad. Por «bien» habrá que comprender cualquier beneficio valorable económicamente. Tras la reforma de 2003, la expresión utilizada («delito») sólo permite excluir los bienes procedentes de faltas. El origen de los bienes puede ser directo o indirecto, siendo punibles tanto el «blanqueo en cadena» como el «blanqueo sustitutivo». Tal como se desprende del art. 300, el grado de conexión del blanqueo con el delito previo es de accesoriedad limitada.

Respecto al *sujeto activo* la cuestión que se plantea es si, al no exigir expresamente el legislador que los autores o partícipes en este delito no lo sean de aquél del que proceden los bienes (tal como ha quedado establecido en la receptación y el encubrimiento), puede castigarse por este delito a quien ha intervenido en el delito del cual proceden los bienes. Dado que el blanqueo se castiga ya autónomamente, por ser un delito contra la correcta circulación de bienes o capitales en el mercado, la doctrina que suscribe esta concepción considera que cabe la doble incriminación, que constituiría un concurso real de delitos (en este sentido, DEL CARPIO DELGADO, pp. 234 ss.; BLANCO CORDERO, Pamplona 1997, pp. 461 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 304). Sin embargo, el sector doctrinal que defiende que se trata de un delito contra la Administración de Justicia, considera que se da aquí un supuesto de autoencubrimiento impune (así VIDALES RODRÍGUEZ, 1997, p. 111; ZARAGOZA AGUADO, pp. 468 ss.), o un copenado acto posterior ya incluido en el desvalor del delito precedente (así GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 852; SUÁREZ GONZÁLEZ, en Compendio, p. 566). En contra de esta última postura cabría argumentar

que conduciría a la imposibilidad de aplicar la agravante específica del 302 en el caso de pertenencia a una organización. En cualquier caso, en mi opinión la solución más correcta es, debido a la autonomía de este delito, apreciar un concurso de delitos entre el delito inicial y el blanqueo. Es posible que el delito de blanqueo pueda ser una calificación alternativa a la de narcotráfico, cuando no se puede probar éste pero sí aquél.

Tipo subjetivo

El número primero del art. 301 exige que se tenga conocimiento de que los bienes tienen su origen en un delito; además, es preciso que se quiera ocultar o encubrir el origen ilícito del bien o ayudar a las personas que hayan participado en el delito a eludir las consecuencias legales de sus actos. Por ello sólo es posible la comisión dolosa. Por el contrario, el delito contenido en el art. 301,2 admite tanto la comisión dolosa como imprudente.

El legislador, en su intención de castigar toda una serie de conductas que sin duda vienen escapando del alcance de la justicia, castiga en el art. 301,3 los supuestos que se realicen por imprudencia grave, imponiendo la pena de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo. Los únicos supuestos susceptibles de ser castigados por imprudencia son los contenidos en el número dos, ya que, como se vio, respecto a los contenidos en el número uno sólo cabe la comisión dolosa. No obstante, el castigo por imprudencia deberá limitarse a aquellas personas físicas que en virtud de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, se encuentren obligadas a cumplir las normas allí contenidas, en especial las que se contemplan en los arts. 2, 3, 4 y 7 (en este sentido, DEL CARPIO DELGADO, p. 337; para más detalles sobre estas obligaciones, GÓMEZ INIESTA, 1997, pp. 67 ss.; BLANCO CORDERO, 1999).

> Una atención especial merece el caso del abogado que en pago de sus honorarios recibe del cliente dinero procedente de un delito. No cabe duda de que si el abogado asesora o coopera dolosamente en las operaciones de blanqueo y el cobro de su minuta es una forma de esa cooperación, responderá directamente del blanqueo; pero es más discutible cuando simplemente se limita a cobrar sus honorarios, aunque sepa que el dinero con el que se le paga proviene de un delito. Los límites entre lo «adecuado social y profesionalmente» y lo plenamente delictivo son en esta materia bastante difusos (véanse DEL CARPIO DELGADO, pp. 269 ss.; RAGUÉS I VALLÉS, en VARIOS, 2003, pp. 132 ss.).

Penalidad

A diferencia de lo que sucede en la receptación de delitos, la pena no tiene un límite respecto a la que se ha de aplicar al delito del cual proceden los bienes, pudiendo darse claramente supuestos en los que la pena a imponer en este delito sea superior a la que se ha de imponer al partícipe del delito.

La multa será del tanto al triplo del valor de los bienes, para lo cual deberá previamente determinarse el valor económico de los mismos.

II. TIPOS CUALIFICADOS

Una vez tipificado el delito básico en el art. 301, las penas previstas se impondrán en su mitad superior en los siguientes supuestos:

a) Por razón de la procedencia del objeto material, cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 Cp (art. 301,1, párrafo segundo). En este caso se aplicará lo dispuesto en el art. 374 Cp (véase *infra*: comiso).

b) Por razón del sujeto activo, cuando éste pertenezca a una organización dedicada al blanqueo de bienes. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones, la pena a imponer será la superior en grado a la señalada para el delito básico (art. 302,1). En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes: a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código. b) 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 (art. 302,2).

III. INHABILITACIÓN ESPECIAL Y ABSOLUTA

> Art. 303: «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».

IV. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD: PRINCIPIO DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

> Art. 301,4: «El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero».

V. FORMAS DE PARTICIPACIÓN INTENTADA

> Art. 304: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados».

VI. COMISO

Según el art. 301,5 (introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, «si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del art. 127 de este Código». Pero en el caso del tipo cualificado del art. 301,1, párrafo segundo (bienes procedentes de delitos relacionados con drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas) se aplicarán las reglas especiales relativas al comiso previstas en el art. 374 (véase *infra*, capítulo XXVIII).

SEGUNDA PARTE

DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD

Tradicionalmente suelen clasificarse los delitos en dos grandes grupos: delitos contra las personas y delitos contra la sociedad.

Esta clasificación tiene un valor pedagógico o expositivo que carece de reflejo legislativo. El Código penal español, desde su redacción de 1848, renunció a ese dualismo persona-sociedad tan usual en otros Códigos penales de la época, y lo mismo sucede en el Código penal de 1995, aunque en éste se contiene una sistemática que implícitamente lo mantiene, incluso potenciando más que sus antecesores la protección penal de los bienes jurídicos de carácter social o universal. De todas formas debe insistirse en que el punto de referencia de la teoría del bien jurídico es la persona en cuanto tal, y que sólo a partir de ella se le puede brindar protección a la sociedad en la que la persona vive y se autorrealiza. Todo atentado contra la persona es, al mismo tiempo, un atentado contra la sociedad en la que dicha persona se integra y, por las mismas razones, todo atentado a la convivencia pacífica asegurada por un orden social o estatal es también un atentado a la persona individual, que sólo a través de la convivencia puede autorrealizarse. Cuando aquí hablamos de delitos contra la sociedad nos referimos, pues, a aquellos delitos que atacan valores generales de la convivencia independientemente de su adscripción a personas determinadas, pero no a la sociedad como un ente contrapuesto e incluso superior a la persona.

Aunque se puede discutir la ubicación sistemática de algunos grupos de delitos, se puede decir que en el Libro II del Código penal de 1995 los Títulos I a XIII, XV y XV bis, y los correspondientes en el Libro III, dedicado a las faltas, recogen delitos contra las personas, ya vistos en la Primera Parte de este libro, mientras que los recogidos en los Títulos XIV y XVI a XXIV son los delitos contra la sociedad.

Dentro del grupo de los delitos contra la sociedad se suele distinguir, además, entre aquellos delitos que atacan el orden social, inde-

pendientemente de su organización como Estado, y aquéllos que atacan una determinada organización política de la convivencia: el Estado. De ahí la distinción, que también está implícita en la sistemática del Código penal de 1995, entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra los valores sociales estatales.

SECCIÓN PRIMERA
DELITOS CONTRA LOS VALORES SOCIALES SUPRAESTATALES

En esta sección incluimos todos aquellos delitos que afectan a la comunidad en cuanto orden social, es decir, independientemente de su organización como Estado.

De tales valores no es ya titular la persona individual aisladamente considerada, sino la comunidad como hecho que se deriva de la convivencia que puede verse conmovida con su lesión. Entre estos valores sociales supraestatales pueden citarse: la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Título XVI), la seguridad colectiva (Título XVII) y la fe pública (Título XVIII), aun cuando esta última pueda participar también de la característica de valor estatal. De estos delitos nos ocuparemos en la presente sección, dejando el resto que aún queda por estudiar para la sección siguiente, donde explicaremos las razones que avalan un tratamiento sistemático separado de los delitos contra los valores sociales de carácter estatal o delitos contra el Estado.

DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

CAPÍTULO XXIV

Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Madrid 1990; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; FERNÁNDEZ ALBOR, *El patrimonio artístico y su protección penal*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Protección penal del patrimonio histórico español: aproximación a la situación actual y proyecto de Reforma*, CPC 1994; GONZÁLEZ RUS, *Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, ADP 1995; MUÑOZ CONDE, *El tráfico ilegal de obras de arte*, EPC 1992/1993; PÉREZ ALONSO/ OROZCO PARDO, *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*, Madrid 1995; RODRÍGUEZ RAMOS, *Los delitos urbanísticos en el Proyecto de Código penal*, La Ley 1981; VAELLO ESQUERDO, *La defensa del patrimonio histórico-artístico y el Derecho penal*, en Derecho y Proceso, Murcia 1980.

Sobre el Código penal de 1995: ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, Barcelona 1997; el mismo, *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Título XVI del Código penal: especial referencia al art. 320*, PJ 1997; el mismo, *Delitos contra la ordenación del territorio*, en Derecho penal del medio ambiente, Terradillos Basoco (edit.), Madrid 1997; el mismo, *El art. 319,2*, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, De la Mata Barranco (edit.), Oñati 1998; el mismo, *Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio: comentarios a la Sentencia del Juzgado de lo penal número 3 de Jerez de la Frontera, de 7 de mayo de 1998*, AP 1999; BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, La Ley 1996; BELTRÁN ABADÍA/ CORVINOS BASECA/ FRANCO HERNÁNDEZ, *Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente 1997; BENÍTEZ ORTÚZAR, *Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del Estado diseñada por el Título VIII de la Constitución española de 1978*, CPC 2003; BLANCO LOZANO, *El delito urbanístico*, Madrid

2001; BORRELL CALONGE, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y sobre el patrimonio arquitectónico. Aspectos técnicos*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente 1997; CASTRO BOBILLO, *Los delitos contra la ordenación del territorio*, AP 1997; CORTÉS BECHIARELLI, *Función social y tutela penal del patrimonio arqueológico*, RP 2004; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código penal de 1995*, AP 1998; el mismo, *Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del Derecho comparado*, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, De la Mata Barranco (edit.), Oñati 1998; DE LA MATA BARRANCO, *La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; DE VEGA RUIZ, *Delitos contra: el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código penal de 1995*, Madrid 1996; GARCÍA CALDERÓN, *La protección penal del patrimonio histórico*, RMF 1997; GARCÍA PLANAS, *El delito urbanístico. (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, Valencia 1997; GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental*, La Ley 1996; el mismo, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio: (especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente)*, Valencia 2000; GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, Granada 2000; GONZÁLEZ RUS, *Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; GORRIZ ROYO, *La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio*, RCP 1998; el mismo, *Protección penal de la ordenación del territorio*, Valencia 2003; el mismo, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia 2004; GUISASOLA LERMA, *Los delitos sobre el patrimonio histórico en el nuevo código penal de 1995*, PJ 1996; el mismo, *Delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 del Código penal*, Valencia 2001; LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código penal*, Madrid 1997; LÓPEZ RAMÓN, *Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente 1997; LLIDOP SILVESTRE, *Algunas notas administrativas sobre el delito urbanístico*, Actualidad Administrativa 1997; MARTÍNEZ ARRIETA, *Delito urbanístico*, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ 1997; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal en la ordenación del territorio*, RP 2001; MAZA MARTÍN, *La sustracción de bienes de interés cultural y su restitución, desde el interés de protección del patrimonio histórico español*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, AP 1997; ORTEGA MONTORO, *Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código penal de 1995*, La Ley 1997; PÉREZ ALONSO, *Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, AP 1998; POZUELO PÉREZ, *Notas sobre la denominada "expansión del Derecho penal": un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio*, RDPP 2001; QUINTERO OLIVARES, *Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio*, en Las fronteras del Código penal y el Derecho administrativo sancionador, CDJ 1997; RENART GARCÍA, *Urbanismo y Derecho penal: una aproximación a la problemática del tipo de injusto del art. 319.1 del Código penal de 1995*, Leyinfor, Siglo XXI 2001; el mismo, *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código penal de 1995*, Granada 2002; el mismo, *Aproximación a la tutela penal de los "sitios históricos"*, AP 2002; el mismo, *La protección indirecta del patrimonio cultural español a través de los delitos contra la religión*, AP 2002; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, *La protección del Patrimonio Cultural en el Código penal de 1995*, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho 1998; RODRÍGUEZ PUERTA/ VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; RODRÍGUEZ RAMOS, *La disciplina urbanística y el nuevo Código penal*, en La disciplina urbanística, Zaragoza 1996; ROMA VALDÉS, *Las excavaciones ilegales y la protección penal del patrimonio histórico*, Revista de Derecho Ambiental 1996; SALINERO ALONSO, *La protección del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona 1997; el mismo, *Delitos contra la ordenación del territorio*, La Ley 1997; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Delitos sobre ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código penal*, CPC 1997; el mismo, *Alcance y límites a la cláusula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanística*, CPC 1998; SAPENA GRAU, *El arquitecto técnico y el aparejador frente al nuevo Código penal*, Barcelona 1997; SILVA.FORNÉ, *Delitos sobre la ordenación del territorio: bien jurídico tutelado y política criminal*, RCP 1998; SILVA SÁNCHEZ, *¿Política criminal moderna?, Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español*, AP 1998; el mismo, *La expansión del Derecho penal*, Madrid 1999; el mismo, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid 2001; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada 2003; TERRADILLOS BASOCO, *Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC 1997; URRAZA ABAD, *Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales*, AP 2001; VARIOS, *Derecho penal del medio ambiente*, Terradillos Basoco (edit.), Madrid 1997; VARIOS, *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio*, Sevilla 1998; VARIOS, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, De la Mata Barranco (edit.), Oñati 1998; VERCHER NOGUERA, en El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales IV, Madrid 1996; el mismo, *La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*, La Ley 1997; el mismo, *La delincuencia urbanística: aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Madrid 2002; VERDÚ MIRA, *Reflexiones sobre el procedimiento aplicable al otorgamiento de las licencias urbanísticas a propósito de los artículos 319 y 320 del Código penal*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente 1996.

El Título XVI se ocupa «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente». Dejando por ahora a un lado los delitos relativos al medio ambiente junto con los delitos contra los recursos naturales y los relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos, de los que nos ocuparemos en el capítulo siguiente, vamos a tratar ahora de los delitos contra la ordenación del territorio y el patrimonio histórico.

DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Consideraciones político-criminales y bien jurídico protegido

El Capítulo I del Título XVI contempla, bajo la rúbrica «De los delitos sobre la ordenación del territorio», los delitos que con otra terminología se llaman también «delitos urbanísticos». La incorporación de estos delitos al Código penal de 1995 responde al esfuerzo por reforzar la protección que *prima facie* ofrece la normativa administrativa, representada fundamentalmente por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que vino a sustituir a la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1992 de 26 de junio, en parte declarada inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, cfr. ACALE SÁNCHEZ, Barcelona 1997, pp. 21 ss.). La intervención penal en esta materia, que algunos critican desde la óptica del *principio de intervención mínima* en su vertiente de merecimiento de pena (así, por ej., SILVA SÁNCHEZ, 1998, pp. 435 ss.; cfr. *infra*), ha estado condicionada por la ineficacia que en la mayoría de los casos había mostrado hasta la fecha la regulación administrativa. Nadie cuestiona la intervención del Derecho penal a través de otros tipos penales, como el delito de desobediencia, que ya se había aplicado alguna vez durante la vigencia del Código penal anterior, pero, de hecho, cuando se llegaba a la denuncia en vía penal, la obra estaba en la mayoría de los casos no sólo sensiblemente avanzada, sino incluso concluida y, para poder condenar a la persona requerida para suspender la obra, era necesario un incumplimiento tajante del mandato que, además de claro y preciso, tenía que ser reiterado, exigiendo en este sentido la jurisprudencia un tercer requerimiento (cfr. *infra* capítulo XXXVII). Ante este estado de cosas, y dadas las peculiaridades de la ordenación del territorio, el

Código penal de 1995 ha optado por elevar a la categoría de delito autónomo conductas de edificaciones sin licencia que, aunque a veces coincidan con las infracciones administrativas, tienen un ámbito de aplicación propio, que seguidamente vamos a ver.

A pesar de la íntima relación de la ordenación del territorio con la materia medioambiental y de que algún sector doctrinal considera que la ordenación del territorio no es más que una parte del medio ambiente (así, por ej., ACALE SÁNCHEZ, Barcelona 1997, pp. 51 ss.), en las distintas modalidades del delito urbanístico existe un específico *bien jurídico protegido* representado por el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida, esto es, la ordenación del territorio o un uso racional del suelo (en este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, AP 1998, pp. 310 y 314; GÓMEZ TOMILLO, pp. 21 ss.; VERCHER NOGUERA, 2002). Naturalmente este bien jurídico puramente formal no ofrece en sí mismo las razones materiales que justifican la intervención del Derecho penal en este sector; es más, puede que en el caso concreto no existan esas razones materiales, es decir, que exista un delito urbanístico que aisladamente no suponga una verdadera lesión de la ordenación del territorio, bien por su escasa entidad material, bien por tratarse de una infracción puramente formal. No obstante, la sanción penal de estos hechos, que aisladamente considerados son a veces de escasa entidad, se hace en función de la gravedad cumulativa que pueden tener cuando se dan muchos y frecuentemente. Imaginemos que alguien construye en su parcela un edificio de diez pisos, y que lo mismo hace el vecino, y el otro y el otro, convirtiendo, al final, una urbanización de chalets en un lugar poblado de rascacielos. Ahora bien, la mayoría de las veces esto sucederá porque la Administración no ha actuado con diligencia o no ha utilizado correctamente sus propios mecanismos sancionatorios, y entonces difícilmente podrá solucionarse con la sanción penal lo que no ha podido solucionar el Derecho administrativo. Por eso, la tipificación y, en su caso, sanción penal de estos hechos debe verse como un refuerzo de la normativa administrativa y nunca como un sucedáneo o un pretexto para cubrir los déficits de funcionamiento de la Administración que, por otra parte, cuando se deban a alguna irregularidad de la autoridad o funcionario competente pueden constituir, a su vez, el delito de prevaricación tipificado en el art. 320. El principio de intervención mínima del Derecho penal requiere, por supuesto, que el hecho que se sancione penalmente sea suficientemente grave y el daño ocasionado difícilmente reparable. Pero una vez que se den

estos requisitos materiales, no veo por qué debe criticarse que el bien jurídico protegido en estos delitos sea el reforzamiento de los mecanismos jurídico-administrativos y mucho menos el que las sanciones puedan ser penas privativas de libertad (como hace SILVA SÁNCHEZ, 1998, pp. 437 s.). Lo que hay que procurar es que la intervención del Derecho penal en todos los sectores a que se refiere el Título XVI, pero especialmente en los mencionados en el Capítulo I, en los que la configuración formalista de algunos tipos (cfr., por ej., art. 319,2) dificultan una interpretación material del bien jurídico, esté justificada por la gravedad y entidad del daño producido, lo que, por lo demás, se ve con especial claridad en las referencias que se hacen en el art. 319,1 al valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural de determinados lugares (crítico respecto a la introducción de estos delitos, GÓMEZ TOMILLO, pp. 256 ss.).

TIPOS LEGALES

a) Tipo básico

> Art. 319,2: «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable».

Tipo objetivo

La *acción típica* consiste en llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

Para la interpretación de qué es lo que se entiende por «suelo no urbanizable» hay que tener en cuenta la clasificación que la normativa administrativa, constituida no sólo por las leyes estatales, sino también por los planes de ordenación urbana y las leyes autonómicas, hace de los distintos tipos de terrenos. Esto plantea muchas veces conflictos de competencia entre las distintas instituciones administrativas que tienen o pueden tener diferentes criterios o intereses respecto a la calificación del suelo. Conforme al art. 7 de la Ley 6/1998, un terreno puede tener la condición de urbano, urbanizable y no urbanizable. Según el art. 10 de la Ley 6/1998, es suelo urbanizable el que no tenga la condición de urbano o de no urbanizable. Por contra, tienen carácter de no urbanizable los terrenos sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial por sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos acreditados en el planeamiento sectorial o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. Constituyen en particular suelo no urbanizable los espacios que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores anteriores, por su valor agrícola, forestal o ganadero, o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano. También se considera no urbanizable, en los municipios que carezcan de planeamiento general, el suelo que no tenga la condición de urbano (véanse arts. 9 y 11 Ley 6/1998). En cualquier caso, la necesidad de realizar una interpretación funcional de los distintos apartados del precepto obliga a entender que el suelo no urbanizable al que se refiere el art. 319,2 Cp es el que no sea de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, pues si lo fuera resultará de aplicación preferente el apartado primero del art. 319.

También hay que acudir a la normativa administrativa para saber cuándo la edificación no es autorizable. El precepto está configurado, pues, como una *norma penal en blanco*, lo que dificulta su diferenciación con las infracciones administrativas, en la medida en que la consumación en modo alguno requiere como elemento adicional la producción de un resultado lesivo, ni siquiera la producción de una situación concreta de peligrosidad, sino que se agota en el carácter no autorizable de la edificación.

No obstante, a diferencia de lo que sucede en el apartado primero del art. 319, el empleo de la expresión no autorizable, en lugar de no autorizado, permite excluir del ámbito típico los casos en los que, si bien la edificación carece de licencia en el momento de llevarse a cabo, cumple los requisitos requeridos en los correspondientes planes de ordenación y cuya ilegalidad, por tanto, es subsanable mediante la solicitud de la correspondiente autorización. Conforme a este criterio habrán de excluirse también del tipo los casos en que, si bien existe autorización, la construcción excede de sus determinaciones, siempre que dicho exceso sea susceptible de ser legalizado por medio de autorización. La constatación de este elemento en el proceso penal puede plantear a veces *cuestiones prejudiciales*, que deben resolverse por el Tribunal contencioso-administrativo ante el que se haya recurrido la calificación administrativa; sólo cuando ésta sea firme podrá determi-

narse por el Tribunal penal la existencia del delito (en este sentido ACALE SÁNCHEZ, 1998, p. 69; RODRÍGUEZ RAMOS, 1996, p. 186. GORRIZ ROYO, 2003, pp. 367 ss., considera que estas cuestiones deben ser resueltas por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se refieren al carácter de edificación no autorizable en suelo no urbanizable, pero que pueden ser resueltas directamente por el juez penal cuando se trate de ausencia de licencia).

Sujeto activo de este delito pueden ser los promotores, constructores o técnicos directores. La normativa administrativa no define lo que deba entenderse por tales, lo que puede plantear problemas interpretativos. Conforme a su significado común, promotor es quien organiza la construcción, encargándose de presentar en el órgano correspondiente un proyecto de construcción que necesita para su realización la correspondiente licencia. Constructor es quien ejecuta los trabajos previstos por el técnico bajo su control. Técnico director es el encargado de redactar el proyecto, diferenciándose del arquitecto técnico, encargado de la vigilancia de la calidad de los materiales de la obra, así como de su correcta disposición en ella.

> No obstante, a pesar de que la enunciación de estas categorías de sujetos parece encuadrar el precepto entre los delitos especiales, en la medida en que lo que trata es de describir funciones, en el círculo de sujetos activos es posible incluir a cualquier particular que, de hecho, realice dichas actividades. Sólo en relación a los técnicos directores, y atendiendo a su propia condición, el círculo de autores se limita a los sujetos que tengan una determinada cualificación.

Tipo subjetivo

Es necesario que el autor obre dolosamente, esto es, que tenga conocimiento tanto de que el suelo en el que construyen es no urbanizable, como de que la construcción no es susceptible de autorización. El error sobre cualquiera de estos elementos dará lugar a la apreciación de un error de tipo conforme al art. 14,1 Cp y, por consiguiente, a la impunidad de la conducta tanto en los casos de vencibilidad como en los de invencibilidad del error, al no ser punible la comisión imprudente. Puede decirse por ello que la prueba en torno a la realidad de la situación de error en que obraba el autor se convertirá en la mayoría de los casos en condicionante directo de las posibilidades de aplicación del tipo, puesto que no es difícil augurar la frecuente alegación de la situación de error por los sujetos activos.

b) Tipo cualificado

> Art. 319,1: «Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores, o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección».

Esta modalidad, que representa una cualificación frente a la recogida en el apartado 2, viene a sancionar las construcciones no autorizadas en determinados suelos cuya protección es especialmente sensible, esto es, los suelos viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural.

Por la improbabilidad misma de su fenomenología, difícilmente se darán supuestos en que la construcción tenga lugar en plena calle, en jardines o en espacios monumentales. Los supuestos en que normalmente será de aplicación el precepto serán aquéllos en los que los suelos, no siendo aún zonas verdes o viales, tengan previsto dicho destino en los correspondientes planes de ordenación o en los casos de construcción en zonas de reconocido valor paisajístico o ecológico.

En cualquier caso, es necesario que la construcción no esté autorizada, debiéndose entender por tal tanto los supuestos en que no existe licencia alguna como aquéllos en que la construcción excede de sus límites o en los que, simplemente, la autorización es nula.

También aquí el empleo de conceptos normativos en la conducta típica facilita la alegación de la situación de error, que, conforme al art. 14,1, y ante la impunidad de la imprudencia, determina la exclusión de la responsabilidad penal.

Sobre los posibles *sujetos activos* véase lo dicho *supra*.

c) Disposición común a ambas modalidades

> Art. 319,3: «En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe».

Concursos

En los casos en que la licencia se haya obtenido falseando o presentando documentos falsos, serán de aplicación los correspondientes tipos de falsedad, con los que el art. 319 entrará en relación de concurso ideal. También habrá de apreciarse un concurso de delitos con el tipo de desobediencia del art. 556 cuando el sujeto, requerido para la paralización de la obra, hubiere desobedecido las órdenes o resoluciones de las autoridades competentes relativas a la inviabilidad legal del proyecto o a la paralización de actividades.

Específica problemática es la que plantea la relación de este delito con el delito contra el medio ambiente contemplado en el art. 325. Baste pensar, a título de ejemplo, en los supuestos en que la construcción implica la realización de extracciones, excavaciones o aterramientos capaces de perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales. En los casos en que llegue a producirse dicha situación de peligro, habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos. De otra forma, resultaría cuando menos paradójico que sólo se aplicase el art. 319, y con él una pena de prisión máxima de hasta tres años, frente a la pena de prisión de hasta cuatro contemplada en el art. 325 por el solo hecho de que el medio comisivo del atentado al medio ambiente fuese a su vez la infracción de la normativa relativa a la ordenación del territorio.

En cualquier caso será de aplicación la agravación contemplada en el art. 338 cuando las conductas afecten a un espacio natural protegido, lo que da lugar a la imposición de la pena superior en grado.

d) Responsabilidad de las autoridades y funcionarios

> Art. 320: «1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.
> 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

En este artículo, de forma paralela a lo previsto para los delitos contra el medio ambiente (véase *infra*, capítulo siguiente), el legislador incorpora una previsión específica para los casos en que la autoridad o funcionario público haya informado favorablemente la autorización, o haya resuelto o votado a favor de su concesión. Varios aspectos suscita esta previsión. En primer lugar, lo llamativo que resulta que, a diferencia de lo previsto en el art. 329 en relación con el medio ambiente, no se contemple la responsabilidad del funcionario que con motivo de sus inspecciones silencie la ilegalidad de la construcción, esto es, los casos en que la ilegalidad de la actuación del funcionario recaiga en una fase posterior a la realización de la conducta típica. Y tampoco se incluye en el tipo (ni tampoco en el art. 329) el caso del funcionario que emite informe desfavorable respecto a la concesión de la licencia siendo ésta procedente.

Tampoco deja de resultar llamativo que, en relación a los supuestos de actuación colegiada, no se contemple la conducta de la autoridad o funcionario que en la correspondiente votación se limite a abstenerse, consciente de que por el juego de las mayorías el proyecto será resuelto favorablemente.

Pero más allá del ámbito de las conductas contempladas en este artículo, especial mención requiere el régimen de responsabilidad que introduce. Y es que, si bien esta previsión expresa tiene una finalidad claramente agravatoria de la responsabilidad penal de los funcionarios, en cuanto que añade a las penas que corresponderían por prevaricación, las de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, en la práctica, si no se delimita su ámbito de aplicación, su efecto puede ser justamente el opuesto. Me refiero a los casos en que, habiendo sido decisivo el informe favorable del funcionario, o teniendo directamente la facultad de resolver por sí la concesión de la licencia, se haya autorizado ilegalmente una construcción de las contempladas en el apartado primero del art. 319. En estos supuestos, en efecto, de no existir dicha cláusula expresa, además de por prevaricación el funcionario respondería como cooperador necesario al delito cometido por el particular, con lo que la pena de prisión podría elevarse hasta los tres años. Pero es que, además, y esto es común a los casos en que la actuación del funcionario se haya referido a cualquiera de las modalidades del art. 319, cuando su conducta pudiera reconducirse al expediente de la cooperación necesaria la aplicación del art. 320 volvería a introducir un trato de favor respecto a lo que hubiese sido su responsabilidad conforme a las reglas generales. Porque mientras el art. 320 contempla como alternativas las

penas de prisión y multa, su calificación como cooperador necesario al delito del art. 319 determinaría la aplicación acumulativa de dichas penas. Por ello, para salvar este efecto distorsionador, habrá de entenderse que dicha previsión es aplicable exclusivamente en los casos en que, bien por no llegar a realizarse la construcción, bien por la índole de la contribución del funcionario, ésta no puede reconducirse al expediente de la cooperación necesaria. Pero cuando la cooperación del funcionario se pueda calificar de cooperación necesaria en el art. 319, se apreciará el correspondiente delito de prevaricación del art. 404 en concurso con el 319 (véanse, GÓMEZ RIVERO, 1996, 2000; ACALE SÁNCHEZ, Barcelona 1997, p. 337, y PJ 1997, p. 121; CARMONA SALGADO, en Curso II, p. 32; DE LA CUESTA ARZAMENDI, AP 1998, p. 325; GÓMEZ TOMILLO, pp. 205 ss; RODRÍGUEZ PUERTA/ VILLACAMPA ESTIARTE; GORRIZ ROYO, 2004. Un problema similar se plantea en los delitos contra el patrimonio histórico y contra el medio ambiente, véase *infra* en este mismo capítulo y capítulo siguiente).

En la *tipicidad subjetiva* es necesaria la actuación dolosa del funcionario («a sabiendas de su injusticia»), no estando prevista la comisión imprudente, sancionable sólo conforme a lo dispuesto en la normativa administrativa sobre disciplina urbanística (cfr. STS 5 mayo 1995).

DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

El Capítulo II del Título XVI contempla en los arts. 321 a 324 los delitos sobre el patrimonio histórico. Este Capítulo recoge y amplía la protección que el anterior Código penal otorgaba a estos bienes. No obstante, a pesar de la novedosa ubicación de estos delitos en un Capítulo autónomo, hay que tener en cuenta que la protección de dichos bienes se completa por otros preceptos del Código que vienen igualmente a tutelar esta dimensión supraindividual y pública del dominio. Así, entre las formas cualificadas de hurto, el art. 235 contempla los casos en que la sustracción recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y lo mismo ocurre en relación al robo con fuerza (art. 241,1); el art. 250,1, entre las cualificaciones del tipo de estafa, recoge los casos en que recae sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico; el art. 252 (apropiación indebida) se remite expresamente al art. 250 y el art.

253, como forma cualificada de la apropiación indebida, contempla los casos en que su objeto sean cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico; y en relación al delito de malversación, el art. 432,2 agrava la pena cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, considera delito en su art. 2 la conducta de sacar del territorio español bienes que integren el patrimonio histórico español sin la debida autorización, siempre que su valor alcance los 3 millones de pesetas (18.030,36 euros. Para más detalles sobre esta plural protección penal del patrimonio histórico, MUÑOZ CONDE, 1992/1993; SALINERO ALONSO, Barcelona 1997, pp. 207 ss.; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, pp. 137 ss.; RENART GARCÍA, pp. 3 ss.; GUISASOLA LERMA, 2001, pp. 296 ss.; CORTÉS BECHIARELLI).

Con dicha protección, el legislador penal da cumplimiento al mandato constitucional recogido en el art. 46, según el cual la ley penal sancionará los atentados contra el patrimonio histórico, cultural y artístico, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad.

Los bienes objeto de protección se individualizan así por su valor social en cuanto expresión de su cultura y de sus señas mismas de identidad. En este sentido, el art. 1,2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), dispone que integran el mismo «los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico».

Tratándose de bienes del referido valor, es indiferente que su propiedad sea pública o privada, de naturaleza mueble o inmueble, así como el régimen jurídico a que se encuentren sometidos.

Bien jurídico protegido es el valor cultural y social de dichos bienes, pasando a un segundo plano su valor económico. De hecho, son perfectamente imaginables bienes de gran valor cultural cuyo valor económico, por ejemplo, por el estado ruinoso en que se encuentran, sea nulo. Nos encontramos en definitiva ante un bien de dimensión social y colectiva, cifrado en la conservación del patrimonio histórico y cultural.

TIPOS DELICTIVOS

a) Conductas consistentes en el derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos

> Art. 321: «Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.
> En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe».

La *acción típica* consiste en el derribo o alteración de los inmuebles a que se refiere el precepto. Se trata en definitiva de un delito de daños tipificado expresamente por razón de la dimensión supraindividual del objeto sobre el que recae. Por derribo debe entenderse tanto la demolición total del edificio como la que afecta a una parte de la construcción. La alteración consiste en la causación de un daño que el precepto exige que sea grave, lo que debe medirse en función de sus posibilidades de restauración. Esta exigencia de gravedad permite excluir del ámbito típico conductas difícilmente equiparables a la destrucción, como la realización de pintadas en las fachadas de los edificios, en la medida en que puedan eliminarse sin dañar a los mismos, casos en los que será de aplicación el art. 626.

En cualquier caso, distinta de la alteración *del* edificio mismo es la que puede representar el menoscabo de su valor histórico, artístico, cultural o monumental. Sería el caso, por ejemplo, de la realización ilegal de construcciones que atentan a su entorno paisajístico, supuestos que habrían de reconducirse a la modalidad primera del art. 319.

El objeto de la acción son los edificios singularmente protegidos, cuyo concepto remite al art. 9 de la LPHE, según el cual gozarán de singular protección los bienes integrantes del patrimonio histórico español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada.

En el *tipo subjetivo*, el dolo requiere tanto la intención de la conducta de derribo o alteración grave, como el conocimiento de que el inmueble tiene la cualidad requerida en el tipo. El error al respecto habrá de tratarse conforme a las reglas del error de tipo, por lo que,

caso de vencibilidad, la conducta sólo sería punible si se admite la incriminación por imprudencia. Dicha posibilidad puede resultar dudosa en la medida en que la cláusula contenida en el art. 324 reproduce textualmente la conducta contemplada en el art. 323, pareciendo así limitar a ella su alcance. De admitirse esta interpretación, la única posibilidad de castigar las conductas imprudentes sería por la vía del delito de daños del art. 267, punible cuando superen los 80.000 euros. Parece más correcto entender, sin embargo, que la referencia del art. 324 a los bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental permite incluir también los atentados contemplados en el art. 321 (cfr. *infra*: d).

Al tratarse de un delito de resultado, en los casos de actuación dolosa caben las formas imperfectas de ejecución.

b) Responsabilidad de autoridades y funcionarios públicos

> Art. 322: «1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.
> 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

En la medida en que esta cláusula reproduce la contenida en el art. 320 en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio, damos por reproducidas las consideraciones que entonces hicimos (sobre esta modalidad específica de prevaricación, véase Guisasola Lerma, 2001, pp. 561 ss.).

c) Otros atentados al patrimonio histórico

> Art. 323: «Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado».

La *acción típica* se configura de un modo amplio como la realización de cualquier tipo de daños distintos de los comprendidos en el artículo 321. De cara a la determinación del objeto sobre el que recae, el legislador realiza una enumeración ejemplificativa, algunos de cuyos términos, si no se procede a una interpretación material, pueden llevar a resultados demasiado amplios. Es lo que sucede con la referencia a «centro docente» que, en principio, permite subsumir en el tipo los daños causados en los pupitres o en la pizarra de una escuela. En cualquier caso, el legislador deja claro el carácter no exhaustivo de la enumeración al referirse de forma amplia a «institución análoga» así como a los «bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos».

En la delimitación de cuáles sean estos bienes, en la medida en que el precepto no lo exige, no puede considerarse decisiva su previa catalogación en los correspondientes Registros de bienes de interés cultural o en el Inventario General de bienes muebles de notable valor. De forma clara se evidencia la necesidad de desligarse de un criterio eminentemente formalista en los casos en que se trata de objetos cuya incorporación al Registro sería indiscutible de ser conocida su existencia, así como de bienes que se encuentran en trámite administrativo de incorporación (González González, p. 505). Por ello, frente a la doctrina que limita su contenido a los bienes previamente catalogados, parece más correcto entender que nos hallamos ante un elemento normativo de valoración cultural (Muñoz Conde, 1992/1993, p. 404; Salinero Alonso, Barcelona 1997, p. 315; Renart García, pp. 254 ss.).

El error sobre los mismos habrá de tratarse conforme a las reglas del error de tipo, por lo que, caso de vencibilidad de éste, el hecho será punible conforme al art. 324.

Aun cuando el art. 323 en modo alguno condiciona la punibilidad a la superación de una determinada cuantía de los daños, la incorporación entre las faltas del art. 625,2, que impone en su mitad superior la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días a los que intencionadamente causen daños cuyo importe no supere los 400 euros en los lugares o bienes a que se refiere el artículo 323, obliga a interpretar que los daños a que se refiere el art. 323 son los que superan los 400 euros.

d) Daños por imprudencia grave

> Art. 324: «El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos».

Como decíamos al comentar el art. 321, a pesar de que la redacción del precepto viene a reproducir el tenor literal del art. 323, la referencia a los daños en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental permite la inclusión en el mismo de las conductas de derribo y alteración grave de edificios del art. 321.

Más allá de la delimitación del ámbito típico, desde un punto de vista comparativo no deja de resultar llamativa la extraordinaria reducción de la cuantía a partir de la cual resulta punible. Porque mientras la incriminación de los daños puramente patrimoniales por imprudencia grave requiere que se supere la cuantía de los 80.000 euros, el límite de la incriminación se fija en el art. 324 en 400 euros, lo que determina que prácticamente cualquier daño en los referidos bienes resulte punible como delito. La cuantía es una condición objetiva de penalidad que no requiere ser abarcada por el dolo del autor.

Problemas concursales

En la medida en que, según estamos diciendo, nos encontramos ante delitos de daños especialmente tipificados en razón del objeto sobre el que recaen, estos tipos resultan de aplicación preferente frente a los delitos de daños tipificados en los arts. 263 y ss. y, en concreto, frente a la cualificación contemplada en el apartado 4º del art. 264,1, relativa a los casos en los que el daño afecte a bienes de dominio o uso público o comunal, precepto que resulta de aplicación subsidiaria respecto a los arts. 321y ss. Pero si se dan las circunstancias del art. 266,1, reformado por Ley Orgánica 7/2000, será éste de preferente aplicación (cfr. art. 266,3 y *supra*, capítulo XXI).

Cuando los daños se realicen con la finalidad o como consecuencia del robo de dichos bienes, habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos con el art. 241,1 (en relación al art. 235,1). Lo mismo hay que decir en los casos en que dichos bienes sean a su vez objeto de una estafa, apropiación indebida o malversación, en cuyo

caso serían también de aplicación, respectivamente, los arts. 250,1,5º, 252, 253 y 432,2.

Cuando sea el propietario el que destruya o dañe un bien de utilidad social o cultural, habrá de aplicarse el art. 289 (cfr. *supra* capítulo XXI).

CAPÍTULO XXV

La protección penal del medio ambiente: A) Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. B) Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. Disposiciones comunes al Título XVI

LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* AUGER LIÑÁN, *Problemática de la responsabilidad civil en materia ambiental*, PJ núm. especial IV, 1988; BACIGALUPO ZAPATER, *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*, EPC 1980/1981; BELTRÁN BALLESTER, *El delito ecológico*, PJ núm. especial IV, 1988; CARCELLER FABREGAT, *El Derecho penal ambiental: su proyecto de futuro*, RMF 1995; CASABÓ RUIZ, *La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente*, EPC 1980/1981; CLIMENT DURÁN, *Los delitos de caza como manifestación de la delincuencia ecológica*, RGD 1989; COLAS TURÉGANO, *Art. 347 bis ¿ruptura con el principio de legalidad?*, PJ 1992; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales*, PJ núm. especial IV, 1988; el mismo, *Problemática del delito ecológico en la aplicación judicial; análisis comparativo de su regulación actual y la contenida en el proyecto de 1992*, en La nueva delincuencia II, CDJ 1993; el mismo, *Derecho de propiedad y protección del medio ambiente, la acción negatoria*, en Protección del derecho de propiedad, CDJ 1994; DE LA CUESTA AGUADO, *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona 1994; el mismo, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia 1994; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *La Ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad del medio ambiente*, CPC 1982; el mismo, *La tutela penal de las aguas continentales*, en Embid Irujo (edit.), La calidad de las aguas, Madrid 1994; DE VEGA RUIZ, *El delito ecológico*, Madrid 1991; el mismo, *Presente y futuro del delito ecológico*, La Ley 1992; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario por delito contra el medio ambiente*, Madrid 1993; DÍAZ PALOS, *El delito ecológico en la jurisprudencia*, AP 1994; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Protección jurídico-penal del medio ambiente*, en Derecho y Proceso, Murcia 1980; el mismo, *El delito ecológico y la salud pública*, EPC 1993/1994; GALLARDO RUEDA, *Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales*, CPC 1982; GONZÁLEZ CUSSAC, *El art. 347 bis*, Anuario del Centro de Alzira, Valencia 1990; GONZÁLEZ DE MURILLO, *Las modalidades típicas de incendios «comunes» en el Código Penal Español*, CPC 1994; GONZÁLEZ GUITIÁN, *Sobre la accesoriedad del Derecho*

penal en la protección del ambiente, EPC 1989/1990; GOSALBO BONO, *El Derecho del medio ambiente a la luz del Derecho comparado y del Derecho de la Comunidad Económica Europea*, PJ núm. especial IV, 1988; HEINE, *Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente*, ADP 1993; HIGUERA GUIMERÁ, *El tráfico ilegal de especies protegidas de fauna silvestre*, CPC 1994 (también en PJ 1994); el mismo, *La protección penal de los animales en España*, DJ 1994; MANZANARES SAMANIEGO, *Delitos contra el medio ambiente en el Código penal español*, AP 1994; MARTÍN MATEO, *El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; MATALLÍN EVANGELIO, *La cualificación por funcionamiento clandestino en el delito medioambiental*, PJ 1993; el mismo, *El significado jurídico penal de la clandestinidad industrial en los delitos contra el Medio ambiente*, BIMJ 1995; MATEOS RODRÍGUEZ, *Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el Proyecto de Código penal de 1992*, JD 1992; MENA ÁLVAREZ, *La ecología como bien jurídico protegido*, RJCat. 1980; MORALES PRATS, *La técnica de la ley penal en blanco y el papel de las Comunidades Autónomas en el delito ambiental*, en Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Santander 1993; MORILLAS CUEVA, *La contaminación del medio ambiente como delito*, RFDUG 1989-1992; NODAR MONTES, *Aspectos medioambientales en la legislación española*, CPC 1994; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección penal del medio ambiente*, en Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente, Madrid 1990; PÉREZ DE GREGORIO, *El tráfico de especies animales protegidas y su persecución penal en España*, La Ley 1992; el mismo, *La agravante de clandestinidad en los delitos contra el medio ambiente*, La Ley 1993; el mismo, *La prueba en el proceso penal por los delitos contra el medio ambiente*, La Ley 1994; el mismo, *Jurisprudencia penal medioambiental*, La Ley 1995; PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia 1984; el mismo, *La primera sentencia por delito ecológico*, PJ 1988; POLAINO NAVARRETE, *La criminalidad ecológica en la legislación penal española*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; el mismo, *Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; PRATS CANUT, *Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980*, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; QUERALT JIMÉNEZ, *El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma*, JD 1994; RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona 1993; RODRÍGUEZ RAMOS, *Aproximación a la política criminal desde la protección del medio ambiente*, Revue Internationale de Droit Pénal, Actas del Primer Coloquio Regional Español 1978; el mismo, *Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente*, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; el mismo, *La protección del medio ambiente en el Proyecto de Código Penal (arts. 323 a 325 del Proyecto)*, RFDUC monográfico 3, 1980; el mismo, *Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España*, EPC 1980/1981; el mismo, *Protección penal del ambiente*, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; el mismo, *Alternativas de la protección penal del medio ambiente*, CPC 1983; el mismo, *Delitos contra el medio ambiente*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; SALAS HOLGADO, *El delito ecológico*, CJ 1993; SÁNCHEZ MINGALLÓN, *El bien jurídico protegido en el delito ecológico*, CPC 1986; SEOANEZ CALVO/ RODRÍGUEZ RAMOS, *La contaminación ambiental*, Madrid 1982; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El delito ecológico: análisis de la praxis judicial*, RGD 1995; VARELA AGRELO, *Un Proyecto de Código penal más ecológico*, AJA 1995; VARIOS, *Derecho y medio ambiente*, Madrid 1982; VARIOS, *El delito ecológico*, Terradillos Basoco (edit.), Madrid 1992; VERCHER NOGUERA, *Consejo de Europa y protección del medio ambiente*, La Ley 1991; el mismo, *La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente*, AP 1994; el mismo, *Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente*, AP 1995; el mismo, *Las autorizaciones administrativas y los delitos contra el medio ambiente (Algunas consideraciones en torno a la Sentencia de 26 de mayo de 1994 de la Audiencia Provincial de Murcia)*, AP 1995.

Sobre el Código penal de 1995: ACALE SÁNCHEZ, *La protección penal del ambiente frente a las agresiones urbanísticas en la legislación italiana*, CPC 1996; ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP*, RDPC 2001; el mismo, *El delito de contaminación ambiental*, Granada 2004; ALMELA VICH, *La protección penal del medio ambiente y los incendios forestales*, RGD 1998; el mismo, *El medio ambiente y su protección penal*, AP 1998; BETANCOR RODRÍGUEZ/ MUÑOZ LORENTE, *El caso Aznalcóllar*, Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental 2001; BLANCO LOZANO, *Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo Código penal de 1995*, CPC 1996; el mismo, *El Derecho penal tutelador del medio ambiente y los recursos naturales*, Revista de Derecho Ambiental 1996; el mismo, *Artículos 325 y 328: problemas prácticos de aplicación*, La Ley 1997; el mismo, *Víctima y reparación en el delito ambiental*, Revista de Derecho Ambiental 1997; el mismo, *El delito ecológico. Manual operativo*, Madrid 1997; el mismo, *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada 1997; el mismo, *La tutela del agua a través del Derecho penal*, Barcelona 2000; BLANCO PEÑALVER, *Delitos contra los recursos naturales, medio ambiente y relativos a la protección de la flora y fauna*, RMF 1997; BOU FRANCH, *La legitimación de las generaciones venideras en la protección y defensa del medio ambiente*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código penal español*, ADP 1999; CARRASCO ANDRINO, *El daño a los elementos de un espacio natural protegido: un nuevo ilícito penal*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; COLAS TURÉGANO, *Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el C.P. de 1995*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *La tutela del medio-ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes*, La Ley 1996; el mismo, *Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio-ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal*, en Las fronteras del Código penal y el Derecho administrativo sancionador, CDJ 1997; CHO, *Cuestiones de causalidad y autoría en el Derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del Derecho comparado*, RP 1999; el mismo,

¿El surgimiento de un Derecho penal internacional del medioambiente?, RP 2001; DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Valencia 1999; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código penal de 1995*, AP 1998; el mismo, *Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental*, RP 1999; DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del medio ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona 1996; el mismo, *Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; el mismo, *El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria*, en García Ureta (edit.), Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria, Oñati 1998; DE VEGA RUIZ, *Delitos contra el medio ambiente*, La Ley 1996; el mismo, *Delitos contra: el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código penal de 1995*, Madrid 1996; ENÉRIZ OLAECHEA, *Una aproximación a los nuevos delitos medioambientales*, RJN 1996; FALCÓN CARO, *El delito ecológico en la jurisprudencia criminal española*, CPC 1996; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid 2002; FERNÁNDEZ RODERA, *La mar y el Derecho penal*, La Ley 1998; FINDLEY, *Derecho penal del medio ambiente en Estados Unidos*, RDPC 1999; GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998; GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental*, La Ley 1996; el mismo, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Valencia 2000; GRANADOS PÉREZ, *La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; GUISASOLA LERMA, *Principio de legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto. A propósito de la STC 42/1999*, RDP 2002; HAVA GARCÍA, *Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna*, en Terradillos Basoco (edit.), Derecho penal del medio ambiente, Madrid 1997; HEINE, *El Derecho penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura convención europea sobre el Derecho penal del Medio Ambiente*, CPC 1997; el mismo, *Derecho penal del medio ambiente, especial referencia al Derecho penal alemán*, CPC 1997; HERNÁNDEZ ALONSO, *Prevaricación específica del funcionario público en el área medioambiental*, AP 1999; HORMAZÁBAL MALARÉE, *El principio de lesividad y el delito ecológico*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; HUERTA TOCILDO, *Principios básicos del Derecho penal y el art. 325 del Código penal*, RP 2001; KINDHÄUSER, *Elementos fundamentales del Derecho penal medioambiental alemán*, RCP 1998; LADRÓN PIJUAN, *La posibilidad por comisión por imprudencia del artículo 326 del Código penal*, RCP 1998; LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código penal (con referencias a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997)*, Madrid 1997; LERMA GALLEGO, *El delito ecológico*, CPC 1996; LÓPEZ CERÓN, en El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales V, Madrid 1996; MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *La protección penal frente a los incendios forestales en España*, Madrid 2004; MARQUÉS I BANQUÉ, *La aplicación del Derecho comunitario en la interpretación de los tipos penales. Especial referencia al delito ecológico*, RCP 1998; MARTÍNEZ CANTÓN, *Problemas concursales en el art. 329 CP con el delito contra el medio ambiente del art. 325 y el delito de prevaricación del art. 404 CP*, Aranzadi Penal 2001; MATA Y MARTÍN, *Problemas y eficacia del Derecho penal del medio ambiente: (especial referencia a la contaminación de las aguas subterráneas)*, CPC 2000; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio*, RP 2001; MORALES PRATS, *La estructura del delito de contaminación ambiental*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; MUÑOZ LORENTE, *Nula concreción por parte de la acusación de la norma administrativa vulnerada e integrante del delito ecológico del art. 325 Cp. La exención de responsabilidad por delito ecológico de los empleados subalternos que materialmente realizan los vertidos objeto del delito*, Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental 2000; el mismo, *La responsabilidad penal por delito ecológico en el ámbito de las sociedades mercantiles*, Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental 2001; el mismo, *Reflexiones críticas en torno a la Propuesta de Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal*, Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental 2002; el mismo, *Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencial del TS*, PJ 2002; el mismo, *El cambio de criterio jurisprudencial en relación con la calificación del peligro exigido para la consumación del tipo básico en los delitos contra el medio ambiente*, Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental 2003; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Un ejemplo de norma jeroglífica, el art. 329 del Código penal. Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría y participación y penas referidas al art. 329 del Código penal (y figuras afines)*, RDPP 2000; PALAZZO, *Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*, RP 1999; PAREDES CASTAÑÓN, *Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente*, AP 1997; PÉREZ DE GREGORIO, *Los delitos contra el medio ambiente*, La Ley 1996; el mismo, *Jurisprudencia penal medioambiental (I, II y III)*, La Ley 1997; POZUELO PÉREZ; *La reparación del daño al medio ambiente*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente 2002; RAMÓN FERNÁNDEZ, *El delito ecológico en la Albufera de Valencia*, RGD 2001; RODRÍGUEZ RAMOS, *Los riesgos de lo "abstracto" en el Derecho penal (el delito de contaminación ambiental como ejemplo)*, AJA 2003; ROLDÁN BARBERO, *Los delitos contra la fauna silvestre en el nuevo Código penal: la protección del lobo*, La Ley 1998; SÁNCHEZ GASCÓN, *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, Madrid 1998; SILVA SÁNCHEZ, *¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325*, La Ley 1997; el mismo, *Los delitos contra el medio ambiente*, Valencia 2000; SOLA IBARRA/ COTELO LÓPEZ, *Consideraciones en torno a los delitos relativos a la protección del medio ambiente en el nuevo Código penal*, Revista de Derecho Ambiental 1996; TERRADILLOS BASOCO, *Protección penal del medio ambiente en*

el nuevo Código penal español. Luces y sombras, EPC 1996; el mismo, *Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC 1997; el mismo, *Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en Terradillos Basoco (edit.), Derecho penal del medio ambiente, Madrid 1997; TRABADO ÁLVAREZ, *Protección penal del medio ambiente: Derecho penal y normativa extrapenal sobre medio ambiente*, Oviedo 2001; VARIOS, *La protección jurídica del medio ambiente*, Valle Muñiz (edit.), Pamplona 1997; VARIOS, *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Martos Núñez (dir.), Sevilla 1997; VERCHER NOGUERA, *El medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad europea*, La Ley 1996; el mismo, *Delitos contra el medio ambiente*, La Ley 1996; el mismo, *Algunas consideraciones sobre la recepción del principio «el que contamina paga» en el sistema legal español para la protección del medio ambiente*, La Ley 1998; el mismo, *Aspectos procesales de la protección penal del medio ambiente: las tomas de muestras*, RP 1999; WALING, *La criminalidad medioambiental en el ámbito del Derecho penal general. La responsabilidad de las personas jurídicas y sus representantes: la necesidad de definir límites*, CPC 1997; ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ 1997.

Consideraciones político-criminales y bien jurídico protegido

La preocupación por el medio ambiente y por el equilibrio de las condiciones ecológicas es un fenómeno típico de nuestro tiempo, ya que el desequilibrio ecológico es una de las peores consecuencias de la «civilización industrial». Las aguas de los ríos se contaminan con los vertidos de las aguas residuales de las grandes urbes y de las fábricas e industrias que en sus márgenes se asientan. El tráfico automovilístico produce gases que contaminan el aire. Las centrales eléctricas y nucleares perturban el equilibrio biológico. Las playas se ven invadidas por «mareas negras», producto de las pérdidas de petróleo y de los naufragios de los petroleros. El mar se convierte en un gigantesco basurero atómico. Y todo ello produce incomodidad, mala calidad de vida, desaparición de especies animales, enfermedades y al final, a veces, la muerte. No es por ello extraño que la ecología haya sido definida como ciencia característica de finales del siglo XX y que la preocupación ecológica haya tenido reflejo en la Constitución de 1978, cuyo art. 45 dice:

«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

El Código penal anterior, hasta la reforma de 1983, apenas brindaba protección a los valores encarnados en el art. 45 de la Constitución. La reforma de 1983 pretendió subsanar este vacío normativo incluyendo en el anterior Código penal el art. 347 bis. La protección que otorgaba esta norma resultaba, sin embargo, confusa e insuficiente. Lo primero porque se ubicaba bajo la rúbrica más amplia de «Delitos contra la salud pública y el medio ambiente», desconociendo la autonomía de éste como objeto de protección (sobre la regulación anterior, cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 542 ss.). Lo segundo porque sólo contemplaba algunas conductas atentatorias contra el medio ambiente (la contaminación mediante emisiones y vertidos en la atmósfera, suelo, aguas terrestres o marítimas), ignorando por completo todo lo concerniente a la explotación de los recursos naturales.

Frente a la escueta regulación del Código penal anterior, el Código penal de 1995 dedica a esta materia dos Capítulos dentro del Título XVI: el Capítulo III, titulado «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», y el Capítulo IV «De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos». En ellos el medio ambiente aparece como un bien jurídico colectivo que desborda la óptica individual de los bienes que mediatamente se implican, como la vida o salud, y cuya entidad se autonomiza de la puesta en peligro de éstos. Desde esta perspectiva ecocéntrica se elevan a objeto de tutela penal factores como el agua, el aire o el suelo, la flora y la fauna, esto es, los recursos naturales en sí mismos considerados, sin perjuicio de reconocer que, al protegerlos, se está protegiendo mediatamente al individuo, en cuanto que de un modo u otro la afectación de cualquier elemento del ecosistema repercute, a corto o medio plazo, en las condiciones de su existencia.

Con todo, a pesar de la mejora que supone el reconocimiento en el Código penal de 1995 del medio ambiente como bien jurídico autónomo, las rúbricas empleadas en dichos Capítulos no dejan de ser confusas. En primer lugar, la rúbrica del Capítulo III incurre en una evidente redundancia terminológica: «De los delitos contra los recursos naturales y el medio

ambiente», puesto que la protección medioambiental implica ya conceptualmente la de los recursos que lo integran. Pero es que además no se entiende muy bien el criterio que ha inspirado la delimitación formal entre el Capítulo III y el IV, relativo a la protección de la flora y la fauna (y al que la reforma de noviembre de 2003 ha añadido la protección de los animales domésticos). Si los «recursos naturales» comprenden también los factores bióticos (flora y fauna), no se entiende que la expresión medio ambiente aparezca exclusivamente en el Capítulo III y que, disociado de éste, el IV contemple la protección de la flora y fauna como algo que no tuviese que ver con aquél.

En todo caso, todos los sectores a que se refieren los Capítulos III y IV pueden reconducirse a un mismo bien jurídico, en la medida en que por tal se entienda «el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales» (BACIGALUPO ZAPATER, p. 200), por lo que sólo a efectos expositivos seguiremos el orden legal, distinguiendo entre delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (A) y delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos (B).

A) DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

a) Atentados genéricos al medio ambiente

Tipo básico

Art. 325: «1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, *provoque o realice directa o indirectamente* emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años».

Tipo objetivo

Para la configuración típica de este delito, el art. 325 utiliza un *modelo híbrido*, en el que, por un lado, se describe la acción que puede perjudicar el medio ambiente y, por otro, se hace depender la relevancia típica de la acción de que constituya una infracción de la normativa administrativa reguladora del respectivo ámbito en el que se realiza. A partir de ahí se exige, además, la idoneidad de la conducta para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

MORALES PRATS (en VARIOS, Pamplona 1997, p. 226) advierte de las dificultades para conseguir lo que él llama un *modelo de intervención penal equilibrado*, tanto si se construye un sistema penal excesivamente autónomo, como si se le hace excesivamente dependiente del modelo institucional extrapenal (en este sentido, véase FINDLEY, pp. 170 s., quien, sin embargo, destaca que en el Derecho penal norteamericano se utiliza un modelo jurídico-administrativo en el que el delito se configura como una infracción de las normas administrativas ya existentes, a la que se añade el elemento de la culpabilidad. Por una relativa accesoriedad de la protección penal frente a la administrativa se pronuncia DE LA MATA BARRANCO, 1996, pp.74 ss.).

– La *acción* consiste en la provocación o realización, directa o indirecta, de emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos y captaciones de aguas. Frente a la escueta referencia a las emisiones y vertidos en la regulación anterior, el legislador se ha esforzado por acotar exhaustivamente las conductas lesivas al medio ambiente, ampliando a su vez los medios en que pueden realizarse (atmósfera, suelo, subsuelo, aguas terrestres, marítimas o subterráneas, espacios transfronterizos). Esta enunciación puede incluso resultar redundante o repetitiva. Así, por ejemplo, la captación de aguas ya podía entenderse comprendida en las extracciones.

Generalmente, el comportamiento contaminante se realizará al emitir, vertir, radiar o depositar al exterior sustancias nocivas, pero también cuando el producto no es en sí nocivo, pero adquiere tal cualidad al ponerse en contacto con algún agente exterior o cuando se produce en gran cantidad, más allá de los límites permitidos legalmente. La refe-

rencia a la provocación «directa o indirecta» de las emisiones o vertidos permite incluir sin problemas, al menos en relación a determinadas conductas, la *comisión por omisión*. Es lo que sucederá cuando se deja que se produzca, no se evita o no se ponen los medios necesarios para impedir las emisiones, vertidos o radiaciones que pudieran producirse, por ej., por una avería o un escape, incluso fortuito, de gases, líquidos, etc.

– Para la determinación de la forma en que las conductas descritas alcanzan relevancia penal es decisiva la referencia a las «leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente» a las que se remite el art. 325, que se convierte así en una *norma penal en blanco*. La reglamentación administrativa es, pues, decisiva para la delimitación del supuesto de hecho típico, hasta el punto de que si la conducta no está prohibida y prevista por dicha reglamentación o se produce dentro de los límites autorizados por la misma, no tendrá aplicación el art. 325. La acción ha de constituir, por tanto, también una infracción de las leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente («contraviniendo»), aunque no hasta el punto de hacer de este requisito una «condición objetiva de penalidad», sino que es un elemento normativo del tipo que debe ser abarcado por el dolo, determinando su desconocimiento, generalmente, la imputación a título de imprudencia (cfr. arts. 14,1 y 331). Aunque la remisión a este elemento extrapenal cuestione gravemente el principio de legalidad, teniendo en cuenta que en esta materia la competencia reguladora puede ser ejercida también por las Comunidades Autónomas (cfr. art. 148 CE), lo cierto es que, por la propia complejidad de la materia, es inevitable esta remisión, que sólo puede ser limitada con una reglamentación administrativa clara y concisa, hoy por hoy inexistente, y una mayor relevancia del error cuando éste sea comprensible por la propia oscuridad o deficiencia de la reglamentación administrativa. Téngase en cuenta que la protección penal del medio ambiente debe limitarse, por imperativo del principio de intervención mínima del Derecho penal, a los casos más graves de afección de este bien jurídico, no debiendo elevarse a la categoría de delito cualquier contravención administrativa.

> Un problema especial plantea la *autorización administrativa ilícita*, pero formalmente válida, en cuanto genera apariencia de licitud para el particular, quien puede confiar, por tanto, en que la actividad que realiza es correcta; pero si la autorización ha sido conseguida mediante engaño o alegación de datos falsos, será aplicable incluso el tipo cualificado del art. 326,a o del art. 326,c (en este sentido De La Mata Barranco, 1996, p. 244. Prats Canut, en Quintero, Comentarios, p. 1532, propone incluso la creación de tipos penales referidos a negligencias graves de la Administración en sus funciones de control; pero la única responsabilidad penal en este caso es la prevista en el art. 329, véase *infra*).

– Un tercer elemento del tipo básico es la idoneidad de la conducta para «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Se trata de un delito de peligro hipotético, a medio camino entre los delitos de peligro abstracto y concreto, en el que, si bien no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta, la conducta debe presentar, al menos, una aptitud lesiva que la cualifique frente a las simples infracciones administrativas. El riesgo ha de ser grave, lo que introduce un elemento valorativo que deberá ser determinado por el Juez en el caso concreto. El art. 325 *in fine* contempla una cualificación para el caso en el que el riesgo de grave perjuicio sea para la salud de las personas, previendo la imposición de las penas de prisión en su mitad superior. La STS de 24 de enero de 2003 considera que la contaminación acústica grave y reiterada (sala de fiestas que perturba el sueño de los vecinos) constituye esta cualificación (véase Granados Pérez, p. 990).

> Sin embargo, el impacto medioambiental de las acciones descritas en el art. 325 tiene también un carácter de lesión perfectamente identificable y que ya de por sí lo puede caracterizar como delito de lesión. El daño causado por la polución medioambiental es perfectamente identificable como lesión de bienes jurídicos concretos (muerte de animales, envenenamiento de aguas, daños irreversibles al suelo agrícola y a los cultivos, destrucción irreversible de ecosistemas completos terrestres o acuáticos, etc.). Pero el tipo está configurado como delito de peligro en la medida en que atiende al daño potencial global que se puede producir, a veces a largo plazo y de forma irreversible, por la acumulación de los actos y efectos de otros daños ambientales, sin que para la consumación sea necesario demostrar el efectivo daño causado. A pesar de esto, en la práctica sólo se acude al Derecho penal, y además escasamente, cuando se detecta un daño evidente en algún ecosistema, hasta el punto de que se llega a absolver si no se prueba una *relación de causalidad* entre la acción polucionadora y el daño producido (así, por ej., en la sentencia de 15 de julio de 1993 de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el caso de los «patos de Doñana», se absolvió a los acusados que habían arrojado pesticidas en los acuíferos del citado parque por no poderse demostrar que la mortandad de los patos se debía al efecto de los pesticidas). Sin embargo, en el art. 325 se habla sólo de «pueda perjudicar» y de «riesgo», bastando, por tanto, con la prueba de este dato y de la gravedad del mismo, sin que sea necesario demostrar que se ha producido efectivamente un daño, siendo éste más importante como indicativo del daño potencial global que acciones de este tipo pueden producir al medio ambiente en su conjunto que como tal daño medioambiental. De todas formas, la idoneidad o aptitud para

producir el daño deberá ser objeto de prueba (en este sentido, DE LA CUESTA AGUADO, Valencia 1994; GARCÍA RIVAS, pp. 57 s., y 134 s.).

Si el delito llega a convertirse en lesión de bienes jurídicos individuales (por ej., muerte de animales de una especie protegida o daños materiales) habrá el correspondiente concurso ideal entre los delitos producidos (dolosos o imprudentes) y el art. 325. Sin embargo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido un apartado segundo al art. 325 en el que regula expresamente el supuesto en que se produzca la muerte de alguna persona o una enfermedad que requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico o que produzca secuelas irreversibles a consecuencia de una liberación, emisión o introducción dolosa de radiaciones ionizantes u otras sustancias. En ese caso se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años «además de la pena que corresponda por el daño causado a las personas». La liberación de las radiaciones ionizantes plantea el problema del concurso con el art. 341, que, en todo caso, es ley de preferente aplicación por tener asignada una pena mucho mayor, sin perjuicio de las penas que correspondan por la muerte o lesiones.

No se entiende, sin embargo, que el supuesto del apartado 2 del art. 325 tenga el mismo límite máximo de la pena de prisión (cuatro años) que el previsto para el tipo básico en el apartado 1, sobre todo teniendo en cuenta que el inciso último del art. 325,1 impone la pena de prisión en su mitad superior «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas».

Tipo subjetivo

Las conductas descritas son punibles tanto cuando se realizan dolosamente como por imprudencia grave (art. 331). Respecto a la modalidad dolosa lo normal será que se presente en la forma de dolo eventual o dolo directo de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo de primer grado, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva al medio ambiente se comete con una finalidad distinta (como el desarrollo de una actividad industrial).

En el «caso Aznalcóllar» (rotura de la presa en la que se contenían residuos mineros contaminantes, que se vertieron al río produciendo gran daño ecológico en el entorno cercano al Parque Natural de Doñana), la Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sanlúcar La Mayor, en Auto de 22 de diciembre de 2000, archivó las diligencias previas incoadas contra algunos directivos y técnicos de la empresa minera contaminante, considerando que no hubo imprudencia «grave» en su actuación (cfr. comentario a este Auto de BETANCOR RODRÍGUEZ/ MUÑOZ LORENTE). Al problema de la determinación de los deberes de diligencia, cuidado y control de las actividades contaminantes se añade en casos como éste el de la determinación de la autoría principal, que normalmente recae en sujetos (dueños de la empresa, directivos y técnicos) que no intervienen en la ejecución de las acciones típicas, sino sólo en la fase de decisión u organización de las mismas (cfr. STS 13 marzo 2000, y comentario a la misma de MUÑOZ LORENTE, 2000, pp. 39 s.).

Tipos cualificados

El art. 326 prevé la imposición de la pena superior en grado, «sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concurra alguna de las circunstancias siguientes»:

a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

Esta cualificación pone de relieve la importancia de la actuación administrativa en esta materia, hasta el punto de que la elusión o inobservancia de sus reglamentaciones o actuaciones se eleva a la categoría de circunstancia cualificante. Se trata, por tanto, de una cualificación que no se vincula al injusto del hecho, sino a la mera situación de irregularidad administrativa.

La interpretación jurisprudencial de esta circunstancia ha sido a veces confusa y errónea, propiciada por el empleo del término «clandestinamente». Frente a la interpretación sostenida a veces del mismo como funcionamiento oculto, secreto o escondido, por clandestinidad debe entenderse la falta de autorización administrativa. Resulta por ello indiferente que la Administración tenga o no conocimiento de dicha actividad e incluso que la tolere, así como que, de haberse solicitado la autorización, ésta se hubiese obtenido (PÉREZ DE GREGORIO, 1995).

b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.

Al igual que la anterior, es una cualificación que no añade nada a la peligrosidad objetiva del hecho. Se trata, en definitiva, de una forma cualificada de desobediencia. La conducta se halla delimitada en torno a 3 rasgos: a) que las órdenes sean expresas; b) que procedan de órganos de la Administración pública con competencia medioambiental para ordenar la corrección o suspensión de la actividad; c) que el

sujeto conozca el acto de requerimiento y tenga intención de no cumplirlo (PÉREZ DE GREGORIO, 1995).

Conforme dispone expresamente el 326, dicha responsabilidad será independiente de aquélla en que pueda incurrir el sujeto por un delito de desobediencia del art. 556, siempre que la desobediencia sea grave, pero no cabe el concurso con la falta del art. 634 (véase *infra*, capítulo XXXVII).

c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.

Las cada vez más importantes «auditorías medioambientales», entendidas como una revisión sistemática de prácticas para determinar el grado de cumplimiento de las normas medioambientales (FINDLEY, p. 181), requieren que las empresas ofrezcan los datos verdaderos de su actividad que pueden tener incidencia medioambiental. Esto explica que lo que en principio sería un mero ilícito administrativo se eleve a la categoría de delito; el precepto ni siquiera exige que el falseamiento u ocultación hayan recaído sobre aspectos esenciales o relevantes de cara a la evitación de la lesión del medio ambiente, configurándose, por tanto, como una cualificación meramente formal. En caso de que los hechos sean constitutivos de falsedad habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos.

d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

Al igual que en el supuesto anterior, no se requiere que la obstaculización se convierta en determinante de la ilegalidad administrativa. Se trata, por tanto, de una cualificación orientada a reforzar la potestad de control y vigilancia de la Administración.

e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

Esta agravante remite a una situación de peligrosidad concreta a consecuencia de la conducta descrita en el tipo base. El deterioro ha de entenderse como el menoscabo de las condiciones medioambientales. La irreversibilidad encuentra su referencia en la gravedad cualitativa del riesgo, mientras que lo catastrófico pone el acento en su gravedad cuantitativa. A pesar de que literalmente la irreversibilidad significa imposibilidad de volver al estado inicial, debe interpretarse a la luz de la razón de ser de la cualificación (agravar la pena en atención al daño causado). Por ello, para apreciar el carácter irreversible del daño habrá de acudirse a criterios valorativos como lo costoso o paulatino del proceso de reparación (STS 19 noviembre 1990), o el hecho de que no

fuese suficiente la acción reparadora del sujeto activo. El problema es la valoración del daño a largo plazo, difícil de calcular en el momento en que se produce el hecho constitutivo del delito. También aquí es necesario demostrar la causalidad entre la acción delictiva y el grado de deterioro o de irreversibilidad del riesgo producido.

f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.

Esta cualificación se introduce por primera vez en el Código penal de 1995, motivada por el problema de la sequía. Si bien parece referirse a todas las conductas del tipo base, sólo tiene sentido en relación a las extracciones y captaciones de aguas.

Medidas comunes a los arts. 325 y 326

> Según el art. 327: «En todos los casos previstos en los dos artículos anteriores, el Juez o Tribunal podrá acordar alguna de las medidas previstas en las letras a) o e) del artículo 129 de este Código».
> Dichas medidas, referidas a los casos en que el delito sea cometido en el ámbito de una empresa son:
> a) La clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo.
> e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario, sin que exceda de cinco años.

b) Establecimiento de depósitos o vertederos

> Art. 328: «Serán castigados con la pena de prisión de cinco a siete meses y multa de 10 a 14 meses quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas».

La tipificación autónoma de esta conducta resulta de una parte redundante, y de otra da lugar a consecuencias arbitrarias. Lo primero porque ya resultaba incluible en el tipo base del art. 325 que, como hemos visto, tipifica la realización de depósitos y vertidos que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Lo segundo porque prevé una pena sensiblemente inferior a la del art. 325, equiparándola además tanto en los casos en que el riesgo es para el equilibrio de los sistemas naturales como para la salud de las personas. El origen de esta distorsión debe buscarse en las modificaciones que experimentó el art. 310 del Proyecto inicial del

Gobierno en el curso de su tramitación parlamentaria. En él se castigaba la conducta de realizar depósitos o vertidos, agravándose la pena cuando fueren tóxicos o peligrosos. Pero ni el tipo base ni la cualificación exigían la potencialidad lesiva para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, con lo que los ámbitos típicos nunca se solapaban y se justificaba su penalidad inferior. El art. 310 permanecía así más próximo a las infracciones administrativas (así TERRADILLOS BASOCO, Madrid 1997, p. 53). Las críticas que se dirigieron a este precepto determinaron su modificación, exigiéndose que los depósitos o vertederos tengan dicha potencialidad lesiva. Se borraron así los límites con el 325, con la incoherencia sobreañadida de la distinta penalidad. En todo caso, cuando los vertidos sean subsumibles en el art. 325 será este precepto de preferente aplicación (en este sentido, CARMONA, en Curso II, p. 69; LÓPEZ CERÓN, p. 615; PRATS CANUT, en QUINTERO, Comentarios, p. 1533).

La acción puede realizarse de forma dolosa —normalmente en la forma de dolo eventual o dolo directo de segundo grado— o imprudente —imprudencia grave— (art. 331).

c) Responsabilidad penal de los funcionarios públicos

Junto a estas conductas realizadas por los particulares, el Código penal prevé un específico régimen de responsabilidad para los funcionarios públicos.

> Art. 329: «1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.
> 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

Este precepto se introduce por primera vez en el Código penal de 1995, siguiendo la línea de la Propuesta del 80, la Propuesta de Anteproyecto del 83 y el Proyecto del 92.

La *acción típica* puede ser activa (informar favorablemente licencias manifiestamente ilegales, resolver o votar a favor de su concesión en organismo colegiado) u omisiva (silenciar la ilegalidad descubierta con motivo de sus actuaciones). A pesar de que el art. 331 se refiere en general a la posibilidad de cometer los hechos previstos en este Capítulo de forma imprudente, la propia redacción del tipo impide su apreciación («a sabiendas» de la ilegalidad manifiesta).

Sujeto activo sólo puede ser la autoridad o funcionario público. A diferencia de los Proyectos de Código precedentes, el tipo no contempla la responsabilidad de los peritos o facultativos que emitan informes incorrectos que determinen la concesión de la autorización.

De acuerdo con el apartado 2, la responsabilidad de la autoridad o funcionario por un acuerdo colegiado requiere que haya votado a favor de su concesión, lo que puede dar lugar a resultados injustos, como la impunidad de quien, como miembro del organismo colegiado, se limita a no votar, permitiendo simplemente que por el resto de los votos se consiga la licencia o autorización ilegal, salvo que pueda calificarse de participación por omisión.

Las penas son, además de las contempladas en el art. 404 (prevaricación), la prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses. A pesar del paralelismo e identidad valorativa del injusto de estas conductas con las previstas en los arts. 320 y 322, las penas previstas para la prevaricación en materia medioambiental no coinciden con las previstas en los arts. 320 y 322. Por otro lado, como ya destacó en 1996 GÓMEZ RIVERO, de la aplicación de esta regla especial de responsabilidad puede resultar una penalidad privilegiada para la autoridad o funcionario que comete prevaricación. Basta contemplar lo que hubiese sido su régimen normal de responsabilidad para advertir que en no pocos casos esta previsión expresa supone su suavización, puesto que en la mayoría de los supuestos resultaría aplicable además del delito de prevaricación del art. 404, la pena prevista para el autor del delito base del art. 325 (más gravemente penado) de acuerdo con las reglas generales de autoría y participación. Así, cuando el funcionario actúe en connivencia con el particular podría responder como cooperador necesario en el delito que éste realiza. Pero también cuando falte dicho acuerdo podría fundamentarse su pena como autor: en los casos en que se trate de concesión de la autorización, por el expediente de la autoría mediata; cuando se limite a silenciar la ilegalidad, como comitente por omisión a partir de su posición de garante. Por tanto, parece lógico que en estos casos se

aprecie un concurso ideal entre el delito de prevaricación del art. 404 y el art. 325, quedando el art. 329 sólo para supuestos residuales (en este sentido, TERRADILLOS BASOCO, EPC 1997, p. 54; BOIX/ JAREÑO, en VIVES, Comentarios, p. 1606; DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1998, p. 302; sobre la posición de garante del funcionario, cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ).

Para OCTAVIO DE TOLEDO, silenciar la infracción es una conducta puramente omisiva, que no requiere ninguna relación con el resultado. SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 156, entiende, sin embargo, que las conductas del art. 329 deben en general hacer posible «la aparición (o el mantenimiento) de una conducta penalmente típica contra el medio ambiente». Lo que está claro, en todo caso, es que las conductas previstas en el art. 329 deben constituir una prevaricación también punible por el art. 404, como delito contra la Administración pública, aunque con las particularidades propias que presenta la actuación administrativa en este ámbito, que es lo que, por ejemplo, lleva a incluir en el art. 329 el «informe favorable» que aún no es una resolución, o a mencionar expresamente el «silenciamiento de una infracción», conductas que en otros ámbitos no serían relevantes y, por tanto, difícilmente constituirían una prevaricación. Esto es lo que permite, por ejemplo, aplicar al funcionario las reglas del concurso de delitos entre la prevaricación del art. 404 y el delito urbanístico, cuando sea responsable de ambos y la pena resultante sea superior a la que procedería aplicando directamente el art. 329 (o el 320, o el 322). Estas particularidades de lo medioambiental explican también que, por ejemplo, en el art. 320 no se incluya «silenciar la ilegalidad», que, sin embargo, constituye una forma de conducta en el art. 329; cfr. GÓMEZ RIVERO, 2000. En general, la doctrina se pronuncia de manera crítica sobre estas «prevaricaciones especiales»; véanse, por ejemplo, DE LA MATA BARRANCO, MARTÍNEZ CANTÓN, etc., y lo dicho *supra* en el capítulo anterior respecto a la prevaricación en el delito urbanístico. Sobre la prevaricación en general y sobre la posibilidad de que ésta se cometa en comisión por omisión, véase *infra*, capítulo XLI).

d) Daño a elemento de espacio natural protegido

Art. 330: «Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

La definición de los espacios naturales protegidos requiere acudir a la normativa extrapenal. En este sentido, el art. 10 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, caracteriza los espacios naturales protegidos por contener elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes.

La acción tiene que consistir en un daño grave a dichos elementos, lo que requerirá en el caso concreto una valoración judicial. Es punible la imprudencia grave (art. 331).

La principal dificultad que plantea este precepto es su relación concursal con otros del mismo Título. En primer lugar con el art. 325, ya que no se trata de algo inconexo con las conductas que éste contempla, sino que frecuentemente es el resultado de las mismas. Baste pensar, por ejemplo, en las conductas de aterramiento o extracciones que producen como resultado la alteración de las condiciones que han determinado la calificación de una zona como espacio natural protegido. Entiendo que la solución tiene que ser apreciar un concurso de delitos, no de leyes. Porque mientras el art. 325 atiende exclusivamente al dato del posible riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales así como para la salud de las personas, el 330 incorpora el injusto sobreañadido del concreto daño causado en los elementos que han servido para calificar el espacio natural.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 338 contempla una cualificación, aplicable a todos los delitos contenidos en este Título, que prevé la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el delito de que se trate si la conducta «afecta» a algún espacio natural protegido. Naturalmente, la cualificación del art. 338 no se puede aplicar al delito contenido en el art. 330, puesto que al injusto de «dañar» los elementos que han servido para calificar un espacio natural protegido —art. 330— es inherente el de «afectarlo» —art. 338— . Pero si, además de en el delito de daño a elemento de espacio natural protegido, la conducta es subsumible en otro delito distinto al que sí pueda serle aplicable la cualificación del art. 338, por ejemplo un delito de atentados genéricos al medio ambiente del art. 325, el sujeto responderá bien del delito del art. 325 con la cualificación del art. 338, bien del delito del art. 325 en concurso con el de daño a elemento de espacio natural protegido, según la regla de la alternatividad.

e) Otros atentados al medio ambiente

Fuera de esta regulación del Capítulo III existen otros preceptos en el Código penal orientados igualmente a la protección del medio ambiente. Así, dejando a un lado la protección de la flora y fauna del Capítulo IV cuyos elementos, según vimos, son también parte del medio ambiente, fuera del Título XVI se tipifican determinadas conductas en base a su potencialidad lesiva a aquél. Así, en la Sección tercera del Capítulo I del Título siguiente, el XVII, «De otros delitos de riesgo provocados por otros agentes», los arts.

348, 349 y 350 contemplan la realización de determinadas conductas que, contraviniendo las normas establecidas, pongan en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas o el medio ambiente (véase *infra*, capítulo XXVI).

La protección del medio ambiente también es tenida en cuenta en el Título XVII, Capítulo II, «De los incendios». En primer lugar en la Sección 2ª, «De los incendios forestales». De modo expreso, el art. 353,1, que en sus apartados 2º, 3º y 4º valora las perturbaciones ecológicas al prever una cualificación (2º) cuando del incendio se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos; (3º) cuando el incendio altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido; (4º) cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados. Pero también en relación a los incendios no forestales el legislador ha tenido en cuenta las posibles repercusiones medioambientales. Así, el 356 castiga con la pena de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses al que incendiare zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural.

Sin embargo, a pesar de esta «adenda» a la protección ambiental, se echa en falta en la regulación de otras conductas de ese mismo Título XVII la referencia al medio ambiente, como por ejemplo en los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (arts. 341 y ss.). Bien es cierto que ya el art. 325 se refiere a la emisión de radiaciones. Lo que ocurre es que este precepto, además de limitarse a la conducta de emisión, es, ya lo hemos visto, un delito de peligro hipotético en el que las penas son sensiblemente inferiores a las contempladas en los art. 341 y ss., cuya pena de prisión puede llegar a ser de 15 a 20 años.

B) DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, FAUNA Y ANIMALES DOMÉSTICOS

En el Capítulo IV del Título XVI, los arts. 332 a 336 recogen diferentes figuras delictivas herederas de las contempladas en las Leyes de Caza, de 4 de abril de 1970, de pesca fluvial, de 20 de febrero de 1942, y de pesca con explosivos, de 31 de diciembre de 1946, cuyos preceptos penales han sido derogados por la Disposición derogatoria única del Código penal de 1995. Todos estos delitos tienen también como bien jurídico común el medio ambiente, aunque referido en este caso específicamente a los factores bióticos del mismo: flora y fauna. Más difícil de explicar resulta, sin embargo, el bien jurídico protegido en el art. 337, que tras la reforma de noviembre de 2003 recoge un delito de maltrato a animales domésticos.

También aquí se utiliza para la configuración típica de los respectivos delitos la técnica de las leyes penales en blanco, aunque se recurre menos a los delitos de peligro, incriminándose la realización

de determinadas conductas que implican ya un resultado lesivo, lo que permite una más nítida diferenciación con las infracciones administrativas. Los distintos tipos delictivos se pueden clasificar en:

a) Delitos relativos a la flora y eventualmente a la fauna

1) Art. 332: «El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses».

El objeto de la acción se delimita por la referencia a las especies amenazadas, lo que requiere recurrir tanto a la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, como a los Catálogos Nacionales y Comunitarios de Especies Amenazadas. Igualmente habrán de tenerse en cuenta las normas internacionales que rijan en nuestro país, bien por efecto de la normativa comunitaria, bien por la firma de acuerdos internacionales (Convenio de Washington sobre comercio internacional de especies amenazadas y Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y la flora silvestres mediante el control de su comercio; para más detalles, Hava García, p. 79).

El tipo define una trilogía de comportamientos con un claro paralelismo con el art. 334, relativo a la protección de la fauna:

1.- Destrucción o alteración del hábitat: se tipifica en cuanto forma de protección indirecta de la especie amenazada. Por ello requiere que se trate de una alteración o destrucción grave.

2.- Tráfico ilegal: al tratarse de tráfico ilegal, y de comercio, no es necesaria la nota de habitualidad (sobre su relación con el delito de contrabando, véase infra c).

3.- Conductas directamente destructivas de las especies: corta, tala, quema, arranque o recolección.

La enumeración de las conductas típicas se convierte a veces en redundante, ya que talar es un modo específico de cortar, y el recolectar exige cortar o arrancar previamente. Otras veces la redacción se convierte en fuente de problemas. Es lo que sucede con la conducta de «quemar», que plantea el problema de la relación de este tipo con los delitos de incendio (ej., cuando a consecuencia de un incendio forestal se destruyan especies de flora amenazadas). La solución tiene

que ser apreciar un concurso de delitos, porque mientras el injusto del delito de incendio pone el acento en el peligro para la seguridad colectiva que produce, el art. 332 incrimina la concreta destrucción de la especie amenazada. Por ello, si la acción debastadora propia del incendio origina, además, la pérdida de una especie protegida, estaremos ante un concurso ideal de delitos a solucionar conforme al art. 77. La misma solución habrá de sostenerse respecto al art. 325 (ej., cuando a consecuencia de las extracciones o vertidos se dañan especies protegidas o su hábitat). Porque mientras en el 325 se trata de tutelar de modo amplio el equilibrio de los sistemas naturales, el art. 332 contempla la producción de un daño en las especies amenazadas o su hábitat (véase *supra*).

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido al art. 332 el requisito de que la acción cause un «grave perjuicio para el medio ambiente», dotando de mayor contenido material a este delito y diferenciándolo de la falta que tras la reforma se tipifica en el art. 632,1, y que castiga con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días las conductas directamente destructivas (cortar, talar, quemar, arrancar o recolectar) de especies de flora amenazada *sin* ese grave perjuicio.

> 2) Art. 333: «El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses».

Se trata de una modalidad específica de tráfico en razón de su objeto: la especies de flora y fauna no autóctona, cuya razón de ser obedece al interés en el mantenimiento de la pureza de las razas y especies autóctonas, evitando su desaparición.

La acción típica requiere la contravención de las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora y fauna, configurándose así el tipo, una vez más, como una norma penal en blanco que necesita completarse por la normativa administrativa.

Junto a la infracción de la normativa administrativa, el art. 333 exige la producción de un resultado: el perjuicio al equilibrio biológico, de difícil prueba en un proceso, lo que dificultará la aplicación del precepto en la práctica.

b) Delitos específicamente relativos a la fauna

> 1) Art. 334,1: «El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comercie o trafique con ellas o con sus restos será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años».

La acción típica vuelve a estructurarse en torno a una trilogía de comportamientos (sobre estas distintas modalidades en relación con la caza del lobo, véase ROLDÁN BARBERO):

1.- Caza o pesca de especies amenazadas.

2.- Realización de actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, en las que tiene cabida la destrucción del hábitat, puesto que éste comprende el lugar de reproducción, invernada, reposo, campo o alimentación.

3.- Comercio o tráfico ilegal de las especies o de sus restos (sobre el concurso con el delito de contrabando, véase *infra* c).

> *Cualificación por razón de especie en peligro de extinción.* El apartado segundo del art. 334 contempla una cualificación para los casos en que las conductas que tipifica recaigan sobre una categoría específica de especies amenazadas: las *catalogadas en peligro de extinción*, que según el art. 29 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, son las que presentan un mayor peligro, al calificarse como «aquéllas cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando».

> 2) Art. 335: «1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a 12 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años.
> 2. El que cace o pesque especies a las que se refiere el apartado anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.
> 3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilita-

> ción especial para el ejercicio de los derechos de cazar y pescar por tiempo de dos a cinco años.
> 4. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente».

La razón de ser del precepto es la protección de la fauna frente al furtivismo y la pesca incontrolada. Una vez más nos encontramos ante una norma penal en blanco, cuyo supuesto de hecho requiere acudir a la normativa administrativa, ahora en concreto al RD 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha mejorado sensiblemente la redacción del apartado 1 del art. 335, ya que antes de la reforma la conducta típica consistía en cazar o pescar especies no amenazadas *no estando expresamente autorizada su caza o pesca*, lo que había conducido a la doctrina a cuestionar la constitucionalidad del precepto. Con mejor criterio ahora constituye delito la caza o pesca de especies no amenazadas *cuando su caza o pesca esté expresamente prohibida.* La reforma de noviembre ha añadido, por otra parte, tres nuevos apartados al art. 335. Así, el apartado 2 se refiere a la caza o pesca cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre caza o pesca «en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso del titular». El apartado 3 contiene una cualificación para cuando «se produzcan graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial». Y el apartado 4 impone las penas correspondientes en su mitad superior «cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente».

> 3) Art. 336: «El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior».

El tipo base exige la falta de autorización administrativa y la potencialidad lesiva del medio empleado. El efectivo daño causado sólo se tiene en cuenta a efectos de cualificar la pena cuando revista especial gravedad.

c) Tráfico ilegal y delito de contrabando

Tanto el tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora, como de fauna, plantean el problema de su relación concursal con el supuesto f) del art. 2,1 de la Ley de Represión del Contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre) —aplicable siempre que se trate de la importación o exportación de mercancías fuera del territorio aduanero de la UE—, que tipifica la conducta de quienes «realicen, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes o productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento (CEE) número 3626/82, del Consejo, de 3 de diciembre de 1982». Tanto la identidad de intereses protegidos (la Exposición de Motivos de la LO 12/1995 justifica su incorporación en el cumplimiento de las previsiones del Convenio de Washington, que es precisamente el que integra el supuesto de hecho de los arts. 332 y 334), como la necesidad de evitar caer en el absurdo de castigar ahora conforme a dos normas lo que hasta diciembre de 1995 era impune, inclina a considerar que se trata de un concurso de leyes, no de delitos, en el que será de aplicación la norma que en el caso concreto resulte más grave (a favor de la aplicación del delito de contrabando, aplicando el criterio de la especialidad, HAVA GARCÍA, p. 81; véase también *infra* capítulo XLIII: delitos de contrabando).

d) Malos tratos a animales domésticos

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha tipificado en el art. 337 el siguiente delito:

> «Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales».

El loable propósito de desaprobar, incluso penalmente, el maltrato a los animales domésticos, aun sin que ello tenga la cobertura de un bien jurídico perfectamente identificable (¿la propia sensibilidad del animal?, ¿los buenos sentimientos de la mayor parte de la población

hacia ellos?), choca con una redacción del precepto que cae casi en los límites del esperpento, pues de ella se deduce que hay supuestos de «ensañamiento» (según la definición del art. 22,5ª: «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento»), que pueden estar «justificados». Evidentemente, el precepto quiere dejar a salvo con esta cláusula muchas situaciones en las que algunos animales domésticos, especialmente perros, pueden servir como «cobayas» en los laboratorios, pero parece que la expresión «ensañamiento» no cuadra con dichas actividades, por más que objetivamente muchas de ellas supongan un sufrimiento para el animal. Por otra parte, con la expresión «animales domésticos» se pretende excluir del precepto las corridas de toros, en las que evidentemente si se da ese «ensañamiento», por más que se quiera justificar en base a tradiciones o a criterios de un esteticismo discutible. Tampoco la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales tiene demasiado sentido y por su carácter genérico puede ser excesiva, pues ¿qué sentido puede tener inhabilitar al empleado de una pescadería e incluso de una carnicería por el hecho de que maltrate a un perro?

Más lógica, y mejor redacción, tienen las faltas previstas en los arts. 631,2 (abandono del animal doméstico) y 632,2 («maltrato cruel», incluso respecto a animales no domésticos en espectáculos no autorizados: peleas de gallos).

DISPOSICIONES COMUNES AL TÍTULO XVI

Art. 338: «Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas» (véase lo dicho respecto al art. 330, *supra*).

Art. 339: «Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título».

Art. 340: «Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas».

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA

CAPÍTULO XXVI

A) Delitos de riesgo catastrófico: Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes. Estragos. Otros delitos de riesgo. B) Incendios

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* GONZÁLEZ GUITIÁN, *Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva. Capítulos I y II*, DJ 1983; MAQUEDA ABREU, *La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992*, AP 1994; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito de estragos en el Código penal*, RDPC 1994.

Sobre el Código penal de 1995: FEIJÓO SÁNCHEZ, *Delitos contra la seguridad colectiva, ¿tentativas imprudentes?*, La Ley 1997; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada 2001; el mismo, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid 2001.

El Título XVII contiene bajo la rúbrica de «De los delitos contra la seguridad colectiva» un gran número de delitos de diversa naturaleza, cuyo denominador común es que afectan a la «seguridad colectiva», un marco en el que se integran una serie de bienes jurídicos más precisos, como son la propia seguridad material de grandes masas de la población ante daños y peligros de gran magnitud, la salud pública y el tráfico automovilístico. En el fondo de estos delitos late la idea de adelantar la intervención del Derecho penal para poder emplearlo en el castigo de conductas peligrosas que, cuando se dan en esos ámbitos, deben ser castigadas por la gran trascendencia de los daños que pueden originar para bienes jurídicos personales (vida, integridad física, salud, patrimonio) y también para bienes jurídicos sociales o universales (medio ambiente, flora y fauna) y la colectividad en su conjunto. Se trata, por tanto, de delitos de peligro general o, si se prefiere la terminología del Código, de «delitos contra la seguridad colectiva», haciendo recaer el acento con esta doble terminología tanto

en la índole de la acción, como en el marco en el que se dan. Son, por tanto, *delitos de peligro*, pero referidos directamente a un bien jurídico de carácter universal, la «seguridad colectiva», y sólo indirectamente a bienes jurídicos de carácter individual. De ahí que también se les denomine *delitos de peligro común* (cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 481 ss.), aunque en su origen está también presente la protección de los bienes jurídicos individuales, que, además, se tiene en cuenta a veces específicamente en algunos de los tipos delictivos recogidos en este Título (cfr., por ej., arts. 362 y 381). Esta doble naturaleza plantea complejos y difíciles problemas interpretativos a la hora de solucionar el concurso entre el delito de peligro como tal y la posible lesión de los bienes jurídicos individuales que no pueden ser resueltos *a priori* sin referencia al tipo concreto en cuestión. La misma distinción *delito de peligro concreto-delito de peligro abstracto,* que tradicionalmente se utiliza para explicar o solucionar estos problemas, no es del todo traspasable a la regulación que se contiene en este Título, donde abundan también *delitos de peligro hipotético*, en los que más que un peligro concreto en la acción se exige una «aptitud» o «idoneidad» de la misma para producir resultados lesivos. Una característica adicional de algunos de estos delitos, especialmente de los vinculados al uso de la energía nuclear, es su carácter de «riesgo global», que va más allá del ámbito nacional y afecta a toda la Humanidad en su conjunto e incluso, igual que en el caso del medio ambiente, a las generaciones futuras, por lo que la intervención del Derecho penal se fundamenta sin necesidad de exigir la prueba de un peligro concreto. Pero aunque la «sociedad de riesgo», en la que, según afortunada expresión del sociólogo Ulrich BECK, vivimos, no puede prescindir del Derecho penal en el control de estos riesgos, tampoco puede renunciar a la exigencia de que se pruebe por lo menos la idoneidad de la conducta para provocar uno de estos peligros, más allá de la pura infracción de normas y preceptos de carácter administrativo, porque sólo así se puede justificar la intervención jurídicopenal y distinguirla materialmente de la de otras ramas e instrumentos de protección jurídica (cfr. MENDOZA BUERGO, Granada 2001, y Madrid 2001, pp. 78 ss.). En todo caso, de estos y otros problemas nos ocuparemos en el lugar correspondiente.

En la exposición del Título XVII seguiremos el orden legal que desarrolla su contenido en cuatro Capítulos destinados, respectivamente, a los delitos de riesgo catastrófico (*infra* A), incendios (*infra* B), delitos contra la salud pública (*infra* C) y delitos contra la seguridad del tráfico (*infra* D; respecto a estos dos últimos, véanse *infra* los tres capítulos siguientes).

A) DELITOS DE RIESGO CATASTRÓFICO

DELITOS RELATIVOS A LA ENERGÍA NUCLEAR Y A LAS RADIACIONES IONIZANTES

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* DE LA CUESTA AGUADO, *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona 1994; RIVERO YSERN, *Ordenamiento jurídico nuclear y la ordenación y gestión del medio ambiente*, Revista de Administración Pública 1977; TANARRO SANZ, *Radiaciones ionizantes, instalaciones radiactivas y de rayos X*, Madrid 1986; TOCINO BISCAROLASAGA, *Aspectos legales del riesgo y daño nuclear de las centrales nucleares*, Madrid 1975.

Sobre el Código penal de 1995: DE LA CUESTA AGUADO, *De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes,* en Terradillos Basoco (edit.), Derecho penal del medio ambiente, Madrid 1997.

Consideraciones político-criminales y bien jurídico protegido

Los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes se encuentran recogidos en la Sección primera del Capítulo I, «delitos de riesgo catastrófico», dentro del Título XVII dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva. Dicha Sección, recogida ya en el Proyecto de 1992, incorpora al Código penal, con sensibles modificaciones, los delitos contemplados en los arts. 84 a 90 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear (LEN), derogados expresamente por la Disposición derogatoria única del Código penal, apartado f.

Los preceptos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes vienen a dar respuesta penal a los riesgos que conlleva la denominada energía nuclear o atómica, principal fuente de energía en la actualidad, pero a su vez también seria amenaza de peligros. Baste pensar en la explosión de la central nuclear de Chernóbil, en Ucrania, el 26 de abril de 1986, a consecuencia de la cual miles de personas resultaron muertas o afectadas por las radiaciones liberadas a la atmósfera. Pero también en su aplicación a la medicina los procesos atómicos presentan su doble vertiente de progreso y peligro. Como muestra de los riesgos que para la vida y la salud humana comporta la exposición a radiaciones ionizantes, recuérdese el accidente producido en el mes de diciembre de 1990 en el acelerador de partículas del Hospital clínico de

Zaragoza, en el que varios pacientes resultaron afectados, produciéndose incluso consecuencias letales. También el transporte de los residuos atómicos y radiactivos, los «cementerios nucleares», la existencia misma de las «centrales nucleares», sobre todo las productoras de energía eléctrica, y los accidentes en las mismas, debidos casi siempre a errores humanos, las pruebas nucleares realizadas por Francia en la Polinesia en el verano de 1995, el cincuenta aniversario de la explosión de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki, han sido y son objeto de grandes polémicas y manifestaciones de protesta que demuestran la preocupación existente actualmente por el «peligro nuclear», no sólo por el temor a que se utilice como arma en las confrontaciones bélicas, sino por su uso negligente y peligroso en actividades en sí mismas lícitas y útiles social y económicamente. Son estos hechos los que han contribuido a despertar la conciencia social en torno a los riesgos que entraña su empleo y los que sin duda han motivado el traslado de estos delitos, hace décadas casi desconocidos, desde la antigua LEN al Código penal (sobre el distinto tratamiento en uno y otro ámbito legislativo, véase De La Cuesta Aguado, 1994 y 1997, pp. 113 s.).

Bien jurídico protegido es, conforme a la propia rúbrica del Título en que se ubican, la seguridad colectiva. La determinación de lo que deba entenderse por tal requiere una serie de precisiones en torno a cuál sea el punto de referencia mismo de ese bien jurídico colectivo: la seguridad. Y es que, en efecto, ésta admite dos posibles interpretaciones. En primer lugar, puede entenderse la seguridad colectiva como la garantía de la evitación de daños de dimensión supraindividual. Así entendida, común denominador de los tipos penales sería la incriminación de conductas que ponen en peligro bienes eminentemente colectivos, ya sea por su propia dimensión cualitativa, ya por el número indefinido de personas afectadas. Pero, en segundo lugar, la seguridad colectiva puede entenderse como sinónimo de tranquilidad colectiva. En esta segunda acepción el acento no recaería ya sobre el carácter necesariamente supraindividual de los bienes en concreto afectados, sino en la creación de un clima de garantía social de que las conductas relacionadas con los procesos atómicos no derivarán en una situación de peligro para los bienes, ahora sí, tanto individuales como colectivos.

Pues bien, basta una simple lectura de los distintos tipos para advertir que es ésta última la única acepción capaz de aglutinar a todas las modalidades delictivas, puesto que no siempre se orientan a evitar un daño de dimensiones supraindividuales. Es lo que sucede, como veremos más adelante, con el art. 343, en el que los objetos sobre los que recae la situación de peligro pueden ser perfectamente identificables e individualizados, pero, en todo caso, estos bienes jurídicos individuales sólo serían objeto de protección mediata, siendo la protección de la seguridad colectiva el marco en el que son objeto de protección (en este sentido, Morales Prats, en Quintero, Comentarios, p. 1556; cfr. De La Cuesta Aguado, 1997, p. 125).

Así entendida la seguridad colectiva, elemento común a todos los tipos es igualmente la articulación de las distintas modalidades delictivas conforme a la técnica de los *delitos de peligro*, renunciando el legislador, por tanto, a la exigencia de la producción de un resultado lesivo. El empleo de esta técnica de incriminación, que suele acompañar como uno de los modernos rasgos del Derecho penal a la protección de los bienes jurídicos colectivos, no se presenta sin embargo de manera uniforme en los distintos tipos, sino que, como veremos al analizar cada uno de ellos, reviste diversos grados de concreción, lo que permite clasificar estos delitos en dos grandes grupos:

A) Preceptos que requieren una situación de peligro

a) Art. 341: «El que libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años».

Tipo objetivo

La *acción típica* consiste en liberar energía nuclear o elementos radiactivos, aunque no se produzca explosión.

Dicha acción debe ir acompañada de la producción de un resultado adicional de peligro para la vida, la salud de las personas o sus bienes.

El punto de referencia de dicha situación de peligrosidad tiene que ser la «vida o la salud de las personas o sus bienes». Por los propios caracteres de la acción típica (la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos), la protección de estos bienes adquiere una dimensión eminentemente colectiva, en cuanto que la propia incontrolabilidad del peligro creado impide acotar el riesgo en la vida, salud o bienes de concretas personas. Evidentemente, en situaciones de este tipo el

peligro está implícito en la acción misma que objetivamente es de extrema peligrosidad, aunque luego no se llegue a concretar o no se realice en lesiones determinadas. No se trata pues de un «peligro concreto» referido al bien jurídico individual, sino de un peligro general respecto al bien jurídico seguridad colectiva que obviamente puede ir también acompañado de una o varias lesiones de bienes jurídicos individuales con las que entraría, en su caso, en concurso ideal de delitos (cfr. De La Cuesta Aguado, 1997, p. 129; González Rus, en Curso II, p. 99). Por vida hay que entender tanto la independiente como la dependiente, comprendiéndose así los casos en que la conducta representa un peligro de lesión o pérdida del feto en mujeres embarazadas. Por salud debe entenderse tanto la física como la psíquica, en cuanto aspectos indisociables de un mismo bien jurídico.

Problemática específica plantea la referencia a los bienes. En primer lugar, porque resulta ya valorativamente criticable que el precepto no establezca diferenciación alguna a efectos de penalidad respecto a la prevista para los casos de puesta en peligro de la vida y la salud. En este sentido, no deja de resultar cuando menos paradójico que en los supuestos, perfectamente imaginables, en que por el lugar en que se desarrolla la acción no pueda hablarse de un peligro para la vida o salud de las personas, pero sí de sus bienes materiales, dicha puesta en peligro sea castigada con una pena privativa de libertad superior a la prevista para la conducta sancionada en el artículo siguiente en el que, como veremos, se exige una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas.

Pero es que, en segundo lugar, más allá del contenido indiscutible que cabe dar a la mención a los bienes en sentido patrimonial, es posible incluir en el mismo otras acepciones. Porque desde el momento en que estamos diciendo que la situación de peligrosidad adquiere en este artículo una dimensión colectiva, puede entenderse que entre los bienes a que se refiere el precepto tiene cabida el medio ambiente, en el que es indiscutible la incidencia de la contaminación radiactiva y térmica. Como veremos más adelante, esta interpretación plantea específicos problemas concursales con el art. 325, referido a las conductas atentatorias contra el medio ambiente.

Entre las modalidades típicas cabe plantearse si es posible apreciar la comisión por omisión en los casos en que, por ejemplo, el responsable de una instalación nuclear, teniendo conocimiento del escape de elementos radiactivos, no haga nada por impedirlo. Ninguna dificultad habrá para ello si se entiende, como creo debe hacerse, que el resultado a que se refiere el art. 11 (que regula la comisión por omisión) comprende también la producción de una situación de peligro. En cualquier caso, aun rechazándose esta interpretación, siempre quedará abierta la posibilidad de hacer responsable al garante omitente por los tipos de lesiones u homicidio que en su caso se produzcan (así, también, Morales Prats, en Quintero, Comentarios, p. 1560).

Sujeto activo puede ser, en principio, cualquiera que realice la conducta típica, configurándose así el precepto como un delito común. No obstante, a pesar de la amplitud teórica del círculo de posibles autores, frecuentemente serán sólo determinados sujetos cualificados los que estén en condiciones, por sus conocimientos técnicos y posición, de provocar tales liberaciones de energía nuclear, máxime cuando se realicen desde una central nuclear, lo que frecuentemente sitúa a estos delitos en el ámbito de las estructuras empresariales, o del personal técnico de las instituciones de la Administración encargadas del control de estas instalaciones. En este último caso, es criticable que no se haya tipificado expresamente, como se hace por ejemplo en los delitos medioambientales (cfr. *supra*, capítulo anterior), la responsabilidad de los funcionarios encargados de estas funciones (cfr. *infra* B,b *in fine* y De La Cuesta Aguado, 1997, p. 111). Esta cualidad del sujeto activo resulta especialmente clara en los casos de imprudencia, en la que, de hecho, sólo podrán incurrir quienes están encargados del manejo o control de las instalaciones y tienen que observar no sólo el deber objetivo de cuidado exigible a cualquiera en situaciones de este tipo, sino también el subjetivo que se deriva de sus especiales conocimientos y responsabilidad dentro del grupo.

Tipo subjetivo

A diferencia de la anterior redacción de este delito en el art. 84 de la Ley 25/1964, se suprime cualquier referencia a la intencionalidad, lo que había planteado problemas interpretativos en torno a la posibilidad de admitir el dolo eventual (De La Cuesta Aguado, 1994, p. 287). Conforme a la técnica de *numerus clausus* en el castigo de la imprudencia, el art. 344 incrimina expresamente la comisión imprudente, previendo la aplicación de la pena inferior en grado. Estos supuestos de imprudencia, sin duda, serán los más frecuentes en la práctica, correspondiendo a los casos de accidentes nucleares, escapes radiactivos, etc., la mayoría de ellos debido a errores humanos evitables más que a fallos técnicos imprevisibles.

El problema de la imprudencia y de la identificación de los responsables de la misma será siempre delimitar dentro de las estructuras organizativas de las empresas o instituciones que realizan estas actividades los deberes y responsabilidades específicas de las distintas personas que intervienen en la toma de decisiones y en la ejecución de éstas (este problema es común con el de la responsabilidad por el producto y la responsabilidad por daños medioambientales que se producen en el ámbito de actividades empresariales).

Concurso

Además de los problemas concursales comunes a todos los tipos de esta Sección (*infra*), el art. 341 plantea el problema de su relación con dos tipos delictivos: la conducta de provocación o realización de radiaciones del art. 325, modalidad que estaría contemplando precisamente la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos con incidencia en el medio ambiente; y con el delito de estragos del art. 346. En ambos casos, dada la mayor pena y la especificidad del delito previsto en el art. 341, será éste el aplicable.

b) Art. 342: «El que, sin estar comprendido en el artículo anterior, perturbe el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o altere el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, creando una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas, será sancionado con la pena de prisión de cuatro a diez años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años».

Se trata de un tipo residual respecto al delito previsto en el artículo anterior, sólo aplicable cuando no lo sea éste, y en la medida en que las conductas aquí tipificadas no integren el delito previsto en el art. 341. Ello explica la menor pena y la exigencia, para que el hecho sea punible, de que se cree una situación de «grave peligro» para la vida o la salud de las personas. La *acción típica* consiste en perturbar el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o en la alteración del desarrollo de las actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes.

El tipo se configura así en base a conceptos normativos cuya concreción requiere acudir a las definiciones contenidas en el art. 2 de la LEN. Conforme al mismo, son radiaciones ionizantes las que producen iones a su paso por la materia. Instalaciones nucleares son, además de las centrales y reactores nucleares, las fábricas que utilizan o tratan

sustancias nucleares, así como las instalaciones destinadas a su almacenamiento. Conforme a la misma Ley, son instalaciones radiactivas, además de las que contienen fuentes de radiaciones ionizantes, los aparatos productores de la misma y los locales, laboratorios, fábricas e instalaciones que la producen, manipulan o almacenan.

La perturbación o alteración de su funcionamiento y actividades tiene que producir un efecto distinto a la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos, en cuyo caso sería de aplicación preferente el artículo anterior, respecto al que entra, por tanto, en una relación de subsidiariedad.

También ahora, al igual que en la modalidad anterior, el tipo se configura como un delito de peligro que, por la dimensión misma de la acción, encuentra su referente en bienes colectivos, resultando imposible acotar la situación de peligrosidad en uno o varios sujetos.

No obstante, a pesar de estos elementos comunes con el artículo anterior, tanto la formulación de la situación de peligrosidad como su punto mismo de referencia presentan peculiaridades específicas. Respecto a esto último, porque ahora se suprime cualquier referencia a los bienes, algo desde luego difícil de comprender, máxime cuando el precepto no supone sino una ampliación de las conductas contempladas en el artículo anterior. Pero en segundo lugar, el art. 342 cualifica la situación de peligro a la vida o salud de las personas al exigir que sea grave, exigencia que sólo puede explicarse porque la situación de riesgo colectivo a la que se refiere el art. 342 es de menor intensidad que la prevista en el art. 341 y, por eso, sólo adquiere relevancia penal cuando pone en peligro grave la vida o la salud (critica, sin embargo, esta restricción De La Cuesta Aguado, 1997, p. 132; en el sentido del texto, González Rus, en Curso II, p. 101).

Sujeto activo puede ser aquí, igual que en el artículo anterior, cualquiera, si bien, como decíamos entonces, la posibilidad de acceder materialmente a las instalaciones y al manejo de las mismas determina que, de hecho, sujetos activos sean personas cualificadas.

c) Art. 343: «El que exponga a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, integridad, salud o bienes, será sancionado con la pena de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años».

La *acción típica* consiste en el sometimiento a una o varias personas a radiaciones ionizantes. Dicha acción debe producir una situación

de peligrosidad concreta, referida ahora a la vida, integridad, salud o bienes de las personas. El punto de referencia del peligro vuelve así, incomprensiblemente, a configurarse de un modo distinto al de los artículos precedentes. Porque si bien vuelven a aparecer como objeto del mismo los bienes, se introduce el concepto de integridad como referente autónomo, concepto que en realidad podía deducirse ya de la referencia más amplia a la salud.

Pero más allá del modo en que se configura dicho objeto, especial peculiaridad ofrece ya su identidad misma. Porque frente a los preceptos anteriores que, según vimos, por la morfología misma de la conducta tenían que entenderse en clave eminentemente colectiva, ahora dichos bienes adquieren una dimensión individual, lo que justifica la imposición de una pena inferior a la del art. 341. En efecto, el empleo mismo de las radiaciones ionizantes, frecuente en el campo de la medicina, permite acotar los potenciales sujetos pasivos del delito a las concretas personas sometidas a la misma. Entre éstos se encuentran no sólo los pacientes, sino igualmente los trabajadores profesionalmente expuestos.

> Ello le da a este delito una dimensión colectiva que justifica su tipificación autónoma. Así, por ejemplo, en el caso del «acelerador de partículas» del Hospital General de Zaragoza, el uso incorrecto del mismo determinó la muerte de 21 de las 27 personas tratadas (cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 10 noviembre 1993). En la sala de terapia ocupacional de un hospital, situada debajo de la sala de Rayos X, más de la mitad de los trabajadores de la misma padecen cáncer. En estos casos, tanto la imputación del resultado lesivo, si se prueba la relación de causalidad, como la de la conducta peligrosa misma, requieren como mínimo la infracción de las normas objetivas de cuidado reglamentariamente establecidas, lo que normalmente dará lugar a la «imprudencia grave», incriminada en el art. 344.

En orden a la apreciación de la peligrosidad de la conducta debe tomarse como referente el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (RD 783/2001, de 6 de julio). Bien es cierto que el precepto penal no se refiere en modo alguno a las tablas de valores contenidas en dicho Reglamento, pero implícitamente el principio de unidad del Ordenamiento jurídico fuerza a interpretar que las radiaciones que no superan los límites marcados administrativamente entran en el ámbito del riesgo penalmente permitido.

De acuerdo con la descripción típica, el sujeto activo puede ser, en principio, cualquier persona, si bien las propias peculiaridades de la conducta típica determinan la limitación material de los posibles sujetos activos a los titulares de la actividad y, en su caso, a los profesionales que tengan encomendado el tratamiento de los pacientes con dicho tipo de radiaciones.

Junto a la modalidad dolosa también es punible la comisión imprudente, al contemplarse expresamente su incriminación en el art. 344.

B) Conductas que no requieren la verificación de una situación de peligrosidad

> Art. 345: «1. El que se apodere de materiales nucleares o elementos radiactivos, aun sin ánimo de lucro, será sancionado con la pena de prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá al que sin la debida autorización facilite, reciba, transporte o posea materiales radiactivos o sustancias nucleares, trafique con ellos, retire o utilice sus desechos o haga uso de isótopos radiactivos.
> 2. Si la sustracción se ejecutara empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior.
> 3. Si el hecho se cometiera con violencia o intimidación en las personas, el culpable será castigado con la pena superior en grado».

En el apartado 1 de este artículo se tipifican dos modalidades de conductas perfectamente diferenciables:

a) El apoderamiento de materiales nucleares o elementos radiactivos

Una vez más, en la descripción del objeto de la acción típica nos encontramos con elementos normativos cuya concreción requiere acudir a las definiciones que ofrece el art. 2 de la LEN. Conforme a la misma, son sustancias nucleares determinados combustibles nucleares, así como los productos o desechos radiactivos. Materiales radiactivos son todos los que contengan sustancias que emiten radiaciones ionizantes.

Así delimitado el objeto de la acción, el apoderamiento o sustracción no requiere el ánimo de lucro, lo que aleja claramente a este precepto de los delitos patrimoniales de robo o hurto para elevar a primer plano la peligrosidad que comporta la tenencia ilegal de dichos elementos. En este sentido, el precepto renuncia a exigir cualquier situación de peligrosidad concreta, ni siquiera hipotética, para configurarse como un tipo de peligro que formalmente viene a solaparse con las infracciones administrativas contempladas en la LEN.

Junto a este tipo base, los apartados 2 y 3 contemplan dos cualificaciones que, sin embargo, nada añaden desde el punto de vista

de la peligrosidad de la tenencia ilegal y, por tanto, del bien jurídico protegido, la seguridad colectiva. Dichas cualificaciones se basan, en efecto, en los medios utilizados en la sustracción: el empleo de fuerza en las cosas (apartado 2) o la violencia o intimidación en las personas (apartado 3). La delimitación de dichos conceptos requiere remitirse a las definiciones contempladas en los tipos relativos al robo (arts. 237 y ss.).

En el *tipo subjetivo* sólo es punible la comisión dolosa, lo que requiere no sólo el conocimiento y voluntad de realizar la conducta de sustracción, sino que el sujeto conozca que el objeto sobre el que recae son materiales nucleares o elementos radiactivos. Los casos de error habrán de solucionarse conforme a las reglas del error de tipo (art. 14,1), por lo que, en caso de vencibilidad, dado que no se castiga la modalidad imprudente el hecho sería impune, salvo que constituya un delito distinto (en este sentido, MORALES PRATS, en QUINTERO, Comentarios, p. 1567).

b) Transporte, posesión o tráfico de materiales radiactivos o sustancias nucleares, y utilización de sus desechos o de isótopos radiactivos

El apartado 1 del art. 345 castiga también otras conductas distintas del apoderamiento, consistentes en facilitar, recibir, transportar, poseer o traficar con materiales radiactivos o sustancias nucleares o retirar o utilizar sus desechos o usar isótopos radiactivos. El tipo se consuma con la mera realización de estas conductas, sin que sea necesaria la producción de una situación de peligrosidad concreta. Único condicionante de la tipicidad es la ausencia de autorización administrativa, lo que remite a la correspondiente reglamentación. Así, por ejemplo, habrá de estarse al RD 1464/1999, de 17 de septiembre, sobre actividades de la primera parte del ciclo de combustible nuclear, al RD 2115/1998, de 2 de octubre, sobre transporte de mercancías peligrosas por carretera, o al RD 2088/1994, de 20 de octubre, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 92/3/EURATOM, relativa a la vigilancia y control de los traslados de residuos radiactivos. A los casos de ausencia de autorización habrán de asimilarse aquéllos en que ésta sea nula, esté caducada, o en los que la actividad exceda de sus límites.

La descripción de alguna de estas conductas coincide con la de las contempladas en el art. 348, relativo a la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de sustancias peligrosas, siendo la relación entre ambos preceptos de concurso de leyes, en el que, por su especialidad y mayor penalidad, resulta de aplicación preferente el art. 345. Sintomática es al respecto la supresión de la mención a las sustancias radiactivas entre las sustancias a que se refiere el art. 348, por lo que cuando se trate de estas sustancias habrá que aplicar el art. 345.

También aquí el *tipo subjetivo* se limita a los casos de actuación dolosa del autor, que deberá conocer tanto que el objeto sobre el que recae la acción típica son materiales radiactivos o sustancias nucleares, como que la conducta se realiza sin la debida autorización. El error sobre este último extremo también debe ser tratado conforme a las reglas del error de tipo, ya que si bien se trata de un elemento relativo a la antijuricidad de la conducta, su ubicación en el tipo obliga a su tratamiento como un elemento más del mismo.

> Es de destacar la ausencia en este precepto de una cualificación que, de forma paralela a lo que sucede en otros preceptos en que la tipicidad se condiciona a la ausencia de una autorización (ej., art. 329), contemplase expresamente la conducta de la autoridad o funcionario público que la haya concedido ilícitamente o que con motivo de sus actuaciones de inspección o control silencie la ilegalidad sobrevenida de la misma. Esta ausencia resulta tanto más llamativa cuando se repara en que, al no exigir el tipo resultado alguno (ni siquiera de peligrosidad), es imposible hacerle responder como comitente por omisión.

C) Problemas concursales comunes a todas las modalidades

El principal problema concursal lo plantean los casos en los que la realización de los correspondientes tipos va seguida de la producción de resultado(s) de muerte, lesiones o daños materiales. Debe tenerse presente además que el Código penal del 95 tipifica las lesiones al feto, con lo que el problema concursal también puede plantearse en los casos en los que a consecuencia de las conductas típicas se produzcan malformaciones en el mismo. Frente al anterior art. 89 de la LEN, que expresamente establecía que cuando los hechos punibles produjeran muerte, lesiones o daños se aplicarían, además, las penas establecidas en el Código penal (solución del concurso real), la actual regulación omite cualquier referencia al respecto.

La solución requiere atender a la naturaleza estructural de estos tipos de peligro. En algunos de ellos se recogen, según acabamos de

ver, conductas que incriminan la producción de una situación de peligrosidad, que representan, por tanto, fases previas a la lesión de los bienes individuales mediatamente protegidos. No obstante, la producción del resultado lesivo sólo puede absorber la situación previa de peligrosidad cuando ésta se haya ceñido exclusivamente a concretas personas sobre las que después se produce el resultado, como puede suceder, según vimos, en el art. 343. La solución tiene que ser necesariamente distinta, sin embargo, en el resto de los casos en que la situación de peligro adquiere una dimensión colectiva que impide su acotación en determinados sujetos, casos en los que los posibles resultados lesivos sólo representarían la realización de parte del riesgo provocado sin que, por tanto, pudieran absorberlo totalmente. En estos supuestos (arts. 341, 342, 345) los resultados lesivos entrarán en una relación de concurso de delitos que, ante la ausencia de cualquier derogación expresa de sus reglas en estos tipos, como sucedía en la LEN, habrá de discurrir conforme a las reglas del concurso ideal, no real.

Un problema adicional lo plantea el lapso temporal normalmente transcurrido entre la acción típica y la producción de los resultados. Baste pensar en que, diez años después de la catástrofe de Chernóbil, se siguen registrando casos de cáncer de tiroides, malformaciones y muertes. Aun afirmándose la relación de causalidad y de imputación objetiva, pueden plantearse problemas procesales de prescripción del delito, cuya solución requerirá tomar como punto de referencia del cómputo de prescripción el momento de la producción del resultado.

ESTRAGOS

La Sección segunda del Capítulo I del Título XVII, bajo la rúbrica «De los estragos», contiene los siguientes artículos:

Art. 346: «1. Los que, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción de suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental incurrirán en la pena de prisión de 10 a 20 años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas.
2. Cuando no concurriere tal peligro, se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código.
3. Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido».

Art. 347: «El que por imprudencia grave provocare un delito de estragos será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años».

Este delito se configuraba en el Código penal anterior como un delito contra la propiedad o el patrimonio (cfr. MUÑOZ CONDE, 3ª ed., p. 310), acentuándose el carácter de daño de la propiedad que la acción representa. Sin embargo, en el Código penal de 1995 se destaca su repercusión en la seguridad colectiva, aunque su redacción sigue configurándolo de forma próxima a los delitos de daños patrimoniales (cfr. *supra* capítulo XXI).

Tipo objetivo

La acción consiste en causar explosiones o utilizar cualquier otro medio de similar eficacia destructiva (véase STS 7 febrero 1975: dinamita).

Los estragos son el resultado, cuyas formas de aparición el legislador enumera con pretensiones de exhaustividad.

La incriminación de estas conductas se condiciona a que se haya producido un resultado de peligro para la vida o la integridad de las personas, configurándose así el precepto, por tanto, como un delito de peligro concreto. Cuando no concurriere tal peligro, el apartado 2 del art. 346, introducido por LO 7/2000, de 22 de diciembre, establece que los estragos se castigarán como daños previstos en el art. 266, también reformado por dicha Ley (véase *supra* capítulo XXI).

Tipo subjetivo

El art. 346 castiga los estragos cometidos dolosamente, pero el art. 347 castiga también estas conductas cuando se realizan por imprudencia grave, lo que plantea, como en todos los delitos en los que el resultado no coincide exactamente con el contenido de la voluntad o no es controlable exactamente por ella, problemas de delimitación con el dolo eventual. No deja de resultar por ello distorsionador que, al

referirse a uno de los posibles resultados de estragos, se siga empleando la expresión «cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio» de una vía férrea, lo que no puede sino valorarse como un defecto de redacción del precepto, que también en este caso admite la comisión imprudente.

Problemas concursales con otros delitos

Conforme al apartado tercero del art. 346, cuando además del peligro se hubiese producido un resultado lesivo para la vida, integridad física o salud de las personas, estos hechos habrán de castigarse separadamente.

En relación al resultado muerte, si bien el Código penal de 1995 ha suprimido entre las circunstancias cualificantes del asesinato el cometer el hecho por medio de incendio, veneno o explosivo, estos medios podrán reconducirse a la alevosía, en cuanto que tienden directamente a asegurar el resultado. Por lo mismo, en relación al resultado de lesiones, si bien en el catálogo de agravantes desaparece la de ejecutar el hecho por medios que ocasionen estragos, podrá apreciarse la alevosía como agravante genérica contemplada en el art. 22,1ª.

Por otra parte, el delito de estragos está en íntima relación con otros tipos. Si los estragos sólo producen daños, el art. 346,2 dispone que se castigarán como daños conforme al art. 266. Ahora bien, en la medida en que también exista peligro para la vida o la integridad, será aplicable también el art. 346 en concurso con los daños agravados del art. 266,4. Distinta es la relación del art. 346 con otros preceptos en los que los estragos son tenidos en cuenta ya en el tipo en cuestión, como sucede con los delitos relativos a la energía nuclear (*supra*), que, por su especialidad, resultan de aplicación preferente.

Especial referencia merece la relación del delito de estragos con el delito de terrorismo del art. 571. Conforme a la regla expresa contenida en este artículo, cuando la finalidad de los estragos sea la alteración grave de la paz pública o del orden constitucional será el delito de terrorismo el aplicable, con el que entra, por tanto, en una relación de concurso de normas. También existe concurso de leyes entre el art. 346 y el art. 473,2.

Por otra parte, conforme al art. 577, cuando los estragos se realicen con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública por parte de sujetos que no pertenezcan a

bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se impondrá la pena en su mitad superior.

OTROS DELITOS DE RIESGO

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BOIX REIG/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Riesgos catastróficos (Art. 348 bis b)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; LACABA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal de arquitectos técnicos derivada de su función en una obra*, La Ley 1992; MUÑOZ CONDE, en Muñoz Conde/ Berdugo Gómez de la Torre/ García Arán, *La reforma penal de 1989*, Madrid 1989.

Sobre el Código penal de 1995: ALMELA VICH, *Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores, La problemática en el sector de las obras en construcción*, AP 1998; MONGE FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia 1998.

Consideraciones generales

Los preceptos comprendidos en la Sección tercera del Capítulo primero del Título XVII encuentran su precedente en la reforma que se produjo en el Código penal anterior en 1989 que bajo la rúbrica «Otros delitos de riesgo» introducía el 348 bis b), en el que se contenían dos delitos de peligro concreto: uno, relativo al manejo de sustancias peligrosas (pfo. 1º); otro, relativo a la infracción de las reglas de seguridad establecidas para la construcción (pfo. 2º) (véase MUÑOZ CONDE, 1989). Antecedentes inmediatos de estos dos nuevos tipos fueron a su vez las faltas recogidas en el artículo 581, que castigaba con tan sólo una pena de multa de 1.500 a 30.000 pesetas conductas similares a las tipificadas en el entonces artículo 348 bis b), si bien con una técnica de peligro abstracto. Las razones que avalaron la creación de estos nuevos delitos de riesgo, que el Código penal del 95 recoge con algunas novedades, fueron análogas —aunque en otro ámbito de problemas— a las que motivaron la creación del delito contra la seguridad del tráfico. El proceso de industrialización que comenzó en el siglo XIX, y continuó y aumentó en todos los países civilizados, supuso la manipulación de máquinas, sustancias y productos peligrosos para la vida, la integridad y la salud de las personas. Pero nunca como ahora se había llegado a un nivel tan alto de peligrosidad. La provocación de algunas catástrofes ha puesto de relieve que uno de los grandes peligros que acechan en la actualidad a la Humanidad es el empleo de sustancias de enorme potencial destructor

cuya manipulación, aunque sea con fines lícitos y socialmente valiosos, es altamente peligrosa, sobre todo si no se observa el cuidado objetivamente necesario en su utilización.

En España, el problema se ha agudizado en los últimos años sobre todo en relación con el transporte de sustancias inflamables: ya a finales de los setenta sucedió alguna catástrofe, como la de Los Alfaques, donde un camión cisterna cargado de sustancias inflamables volcó y explotó sobre un *camping* originando decenas de víctimas, y en agosto de 1989 se produjo en San Juan (Alicante) la explosión de un automóvil cargado de cohetes, fuegos artificiales y otros objetos fabricados con pólvora que se encontraba en el aparcamiento de un supermercado, causando varios muertos y heridos. Más de cuarenta muertos y centenares de heridos es el balance que arrojan en los últimos diez años los accidentes provocados por el material pirotécnico de tan frecuente uso en las fiestas y ferias de este país. Pocos en comparación con la escalofriante cifra de víctimas que dan los accidentes de tráfico automovilístico; muchos, quizá demasiados, si se tiene en cuenta que estas actividades «lúdicas» no tendrían que producir ningún tipo de accidentes si se observaran las precauciones elementales que deben tenerse en estos casos.

Otra de las fuentes más importantes de muertes y lesiones en este país son los accidentes laborales, sobre todo en el ámbito de la construcción, uno de los sectores más peligrosos entre los distintos ámbitos laborales. Las cifras también son escalofriantes y mucho más si se tiene en cuenta que la mayoría de esos accidentes son provocados por la inobservancia de las reglas elementales de seguridad. Existe, por supuesto, una espesa red de disposiciones administrativas que prescriben las reglas de seguridad que deben ser empleadas, pero estas disposiciones se incumplen continuamente y la desidia e incluso incuria de los distintos implicados, empresarios, obreros o la propia Administración, hacen el resto.

Ante esta situación, se recurre una vez más al Derecho penal buscando el reforzamiento de los valores más elementales de la acción ciudadana, pero también que cumpla una función preventiva que, si bien es necesaria, podría conseguirse más eficazmente con una mejor regulación y actuación administrativas. Estos delitos de riesgo se enmarcan dentro de la moderna tendencia a «funcionalizar» el Derecho penal, aumentando el número de los delitos de peligro y, con ello, los límites de la intervención jurídico-punitiva, aunque la exigencia de una puesta en peligro concreto de la vida y la salud de las personas

representa una cierta contención de la aplicación del Derecho penal en esta materia. Claro es que esta exigencia de demostrar la puesta en peligro en concreto dificultará la persecución penal de estos hechos, pues o el peligro efectivo se produce y entonces casi siempre desemboca en algún resultado lesivo (muerte, lesiones), o no se produce y entonces queda el hecho en el ámbito puramente administrativo. Aun así es preferible esta técnica del *delito de peligro concreto* que, por lo menos, conecta la intervención del Derecho penal al sustrato material de un bien jurídico y no a la simple infracción de las reglamentaciones administrativas.

Estudio de las distintas modalidades

a) Art. 348: «Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieren las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años».

Tipo objetivo

La acción típica debe ir seguida de la producción de una situación de peligro concreto, resultando aplicables los principios generales de los delitos de peligro concreto: el delito sólo es punible si se verifica la existencia de ese peligro. Dicho peligro ha de referirse a la vida, la integridad o la salud de las personas o al medio ambiente, representando la referencia a este último una novedad en el Código del 95 que viene a ampliar la protección que le otorgan los arts. 325 y ss.

En cualquier caso, dicha situación de peligrosidad tiene que ser consecuencia de la infracción de las normas de seguridad establecidas. Este último requisito le da un carácter de *norma penal en blanco* que obliga a buscar en la dispersa reglamentación administrativa de estos ámbitos las reglas de seguridad, que, cuando no existan, deberán ser sustituidas por las reglas generales de la experiencia, el cuidado objetivamente necesario, etc.

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo que ha de referirse tanto al carácter peligroso de las materias, aparatos o artificios, como al incumplimiento de las reglas de seguridad. El error sobre estos extremos determinaría, conforme al art. 14,1 todo lo más la apreciación de la imprudencia, que debido a la falta de una cláusula de incriminación expresa es impune.

Concurso

Este artículo se superpone en principio con el previsto en el artículo 359 y, en parte, también con el previsto en el artículo 360. Ello plantea difíciles problemas de delimitación, de los que nos ocuparemos al tratar el art. 359 (*infra* capítulo XXVII).

Cuando se trate de elementos radiactivos o materiales nucleares, será de aplicación preferente el art. 345.

Salvo que el peligro se haya referido exclusivamente a una o varias personas determinadas sobre las que después se produzca el resultado lesivo, la producción de muertes o lesiones a consecuencia de la conducta típica dará lugar a la apreciación del correspondiente concurso de delitos.

> b) Art. 349: «Los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravinieren las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años».

En este artículo pueden darse por reproducidas las consideraciones efectuadas en el artículo anterior. Baste indicar que objeto de la acción son ahora los organismos, entendiéndose por tal los seres vivos (cfr. Ley 9/2003, de 25 de abril, de Régimen Jurídico de la Utilización Confinada, Liberación Voluntaria y Comercialización de Organismos Modificados Genéticamente, cuyo art. 2,a define el organismo como «cualquier entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyéndose dentro de este concepto a las entidades microbiológicas, sean o no celulares», citada por VILLACAMPA, en QUINTERO, Comentarios, p. 1580, quien cuestiona la necesidad de la previsión de este precepto, cuyo contenido podría estimarse incluido ya en la cláusula genérica del art. 348 «cualesquiera otras materias»).

> c) Art. 350: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316, incurrirán en las penas previstas en el artículo anterior los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente».

El precepto es una derivación del delito contra la seguridad e higiene en el trabajo previsto en el art. 316 (cfr. *supra* capítulo XIV), pero con la adición del riesgo para la seguridad colectiva que no se exige en éste, que sólo se refiere como sujetos pasivos a los trabajadores. Por tanto, cuando se produzca, además del riesgo para los trabajadores, un riesgo para otras personas, o de resultado catastrófico, o para el medio ambiente, habrá el correspondiente concurso ideal entre el delito previsto en el art. 316 y el previsto en el art. 350.

Común a ambos preceptos es que se configuran como una norma penal en blanco, al requerir la infracción de las correspondientes normas de seguridad (una información sobre las mismas ofrece MONGE FERNÁNDEZ, pp. 136 ss.), y la situación de riesgo, si bien el legislador utiliza en el art. 350 una doble técnica en la configuración de dicha situación peligrosa de constatación cumulativa. En primer lugar, se exige una potencialidad lesiva de la conducta respecto a la producción de ulteriores «resultados catastróficos». Pero en segundo lugar, y adicionalmente, la conducta debe representar una situación de peligro concreto para la vida, integridad física de las personas o el medio ambiente (sobre esta duplicidad de bienes jurídicos de referencia, véase lo dicho *supra*, y MONGE FERNÁNDEZ, pp. 91 ss.).

El *tipo subjetivo* requiere el dolo, no siendo punible la imprudencia, lo que plantea una contradicción con el delito previsto en el art. 316, cuya comisión imprudente es objeto de punición expresa en el art. 317. MONGE FERNÁNDEZ (p. 274) considera que la aplicación por analogía de este precepto a las conductas previstas en el art. 350 constituye analogía *in malam partem* e infringe el principio de legalidad; no obstante, en la medida en que el hecho se pueda incluir también en el art. 316 tal inconveniente puede ser salvado (en este sentido VILLACAMPA, en QUINTERO, Comentarios, p. 1583; GONZÁLEZ RUS, en Curso II, p. 114; FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 967).

Por lo demás, y al igual que en los artículos anteriores, si se produce un resultado lesivo habrá de apreciarse un *concurso ideal de delitos* a resolver conforme a las reglas del artículo 77, pues se trataría efectivamente de un solo hecho que produce dos delitos.

B) INCENDIOS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* GONZÁLEZ GUITIÁN, *La nueva regulación del delito de incendios forestales*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; MANZANARES SAMANIEGO, *El delito de incendio y la jurisprudencia*, AP 1994; POLAINO NAVARRETE, *Sistema legal de incriminación de los delitos de incendio en la reforma de 1987. Especial referencia a los incendios forestales*, en Comentarios a la legislación penal XIII, Madrid 1991; el mismo, *Delitos de incendio en el Ordenamiento penal español*, Barcelona 1992; el mismo, *Falta de incendios (art. 595)* y *El incendio de productos forestales (art. 596)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; RUIZ ANTÓN, *El delito de daños en las cosas*, en Comentarios a la legislación penal, tomo XIV, vol. 2, Madrid 1992; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Consideraciones generales sobre los delitos de incendios*, CPC 1993; el mismo, *Las modalidades típicas de incendios «comunes» en el Código penal español*, CPC 1994.

Sobre el Código penal de 1995: MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *La protección del medio ambiente frente al delito de incendios forestales: problemática jurídica y criminológica*, Logroño 2001; el mismo, *La protección penal frente a los incendios forestales en España*, Madrid 2004; MORENO ALCÁZAR, *Relevancia del análisis jurisprudencial del concepto penal de incendio en la nueva regulación de estos delitos*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; el mismo, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos. (Una perspectiva sistemática de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, Valencia 2002; MUÑOZ SABATE, *La probatio diabólica del incendio doloso del asegurado*, La Ley 1996; PÉREZ ALONSO, *La estafa de seguro*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; *PÉREZ* DE GREGORIO, *Los delitos de incendio forestal*, La Ley 1997; RUIZ RODRÍGUEZ, *Los incendios forestales y la protección del medio ambiente*, en Terradillos Basoco (edit.), Derecho penal del medio ambiente, Madrid 1997; SAINZ CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos de incendio*, Granada 2000; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendio en el nuevo Código penal*, AP 1996; el mismo, *Los delitos de incendios forestales*, RDPC 1996 (también en CPC 1996).

Frente a la regulación anterior, el Código penal de 1995 ha optado por ubicar los tipos de incendio en un Capítulo, el II, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva. Al abandonar su ubicación sistemática entre los delitos contra la propiedad, resulta manifiesto que el bien jurídico tutelado en primer plano adquiere una dimensión

supraindividual, cifrada en la seguridad entendida en sentido colectivo, esto es, como bien jurídico trascendente a los intereses individuales mediatamente protegidos (*supra*). No obstante, a pesar de que formalmente la regulación del delito de incendio se desgaja de la implicación de intereses de contenido patrimonial, aún es posible encontrar modalidades en las que está presente, incluso de forma exclusiva, el interés en la evitación de un perjuicio económico, como sucede en el art. 357. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, más allá de la incriminación de situaciones de peligro para las personas, algunos tipos se orientan a tutelar los recursos naturales o el medio ambiente, abandonando a veces la técnica de los delitos de peligro para exigir la producción de un resultado lesivo.

Por otra parte, el incendio siempre comporta la destrucción o deterioro de una cosa mediante el fuego, por lo que independientemente del peligro que suponga para determinados bienes jurídicos individuales o colectivos, hay siempre en su dinámica un resultado de combustión de un objeto mediante el fuego que es necesario para su consumación. Sin embargo, basta con que el fuego se haya propagado a la cosa y ésta arda por sí misma a consecuencia de la acción. Esto quiere decir que el delito se consuma, como ya decía CUELLO (II, p. 990), «cuando el fuego prende en la cosa con posibilidad de propagación, aun cuando aquélla no sea destruida» (cfr. también SSTS 12 julio 1984 y 2 noviembre 1985 y doctrina dominante, véanse, por ej., FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 970; PRATS CANUT, en QUINTERO, Comentarios, p. 1586; GONZÁLEZ RUS, en Curso II, p. 116; ORTS/ MORENO ALCÁZAR, en VIVES, Comentarios, p. 1631). Sin embargo, en relación con algunos tipos es necesario, además, que se produzca un peligro adicional «para la vida o la integridad física de las personas» (arts. 351 y 352,2), o un daño efectivo (véanse, por ej., los distintos supuestos del art. 353), lo que demuestra la pluridimensionalidad del incendio, que puede ser desde un hecho de relevancia exclusivamente patrimonial equivalente al daño (cfr. también el art. 266), hasta un delito de peligro para la seguridad colectiva, la vida y la integridad física de las personas o incluso un medio para cometer un delito de asesinato o un delito contra el medio ambiente. Esto dificulta una teoría general del mismo, aunque, como veremos, la idea del peligro para la seguridad colectiva y, por tanto, la posibilidad de incidencia en bienes jurídicos individuales vinculados a la misma, o en las masas forestales y, por tanto, en los espacios naturales y el medio ambiente, es el elemento decisivo en la regulación legal.

La acción viene descrita en los diferentes tipos legales como «incendiare» y sólo contadas veces se menciona en su lugar el resultado: el «incendio». Pero, como observaba QUINTANO comentando la anterior regulación (IV, p. 181), esto no debe llevar a equiparar el «prender fuego» con el incendio mismo. El acto de prender una mecha a unos trapos impregnados en gasolina para incendiar un edificio no se puede estimar todavía como un incendio, y mucho menos cuando se rocía de gasolina el objeto a incendiar y no se llega a prender fuego. La consumación, el resultado típico del delito de incendio, requiere, por tanto, que se comunique al objeto a incendiar y que se propague el fuego o sea susceptible de arder, una vez prendido, autónomamente. La cuestión tiene gran importancia práctica, no sólo para determinar la pena a imponer, sino sobre todo ante la posibilidad de que el sujeto desista voluntariamente, quedando libre de pena (véase STS 14 abril 1974). Si el delito se ha consumado, ya no es posible el desistimiento voluntario (cfr., sin embargo, art. 354,2).

Es posible la comisión por omisión y precisamente la *idea* de la *injerencia* está pensada para este tipo de casos. Según esta idea, el que con su actuar precedente, por ejemplo encendiendo una hoguera para calentarse, crea una situación de peligro de que se produzca un incendio, viene obligado como garante a poner todos los medios para que el incendio no se produzca, imputándosele en caso de que no lo haga (cfr. art. 11,b).

Clasificación y análisis de los tipos legales

Siguiendo la sistemática del Código penal, los distintos tipos pueden clasificarse conforme a los siguientes criterios:

a) Incendio en el que se incrimina exclusivamente la producción de una situación de peligrosidad

> Art. 351: «Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho.
> Cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código».

Este artículo viene a sustituir la compleja enunciación de conductas contenidas en la rúbrica «De los incendios» del anterior Código penal, en el que se mezclaban conductas que comportaban un peligro para la vida y salud de las personas con otras en las que se valoraban exclusivamente los daños causados, hasta el punto de que la graduación de la pena tenía lugar en función de la cuantía de los mismos, lo que incluso llevó a cierto sector doctrinal a considerar algunos tipos como un *daño cualificado* (véase STS 18 diciembre 1975; cfr. JASO II, p. 444. Sobre la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 396).

A la acción típica consistente en provocar un incendio, esto es, en producir la combustión en un objeto con riesgo de propagación, tiene que añadirse, como consecuencia de la misma, una situación de peligrosidad para la vida o integridad física de las personas. Aunque el precepto no menciona qué grado de peligrosidad, basta con una peligrosidad abstracta. Es decir, si por ejemplo en el momento del incendio de una casa no hay ninguna persona dentro, no será aplicable este tipo; pero sí puede aplicarse si entra dentro de la previsibilidad del sujeto y éste asume, por lo menos con dolo eventual, que otras personas, como, por ejemplo, los bomberos o quienes se acerquen a apagar el incendio puedan resultar lesionados (apunta esta posibilidad FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 972). El dolo de este delito requiere, por consiguiente, tanto el conocimiento de que la conducta realizada produce como consecuencia la combustión del objeto, como que con ella tiene lugar la peligrosidad a que se refiere el tipo. Cabe, a mi juicio, pues, la tentativa de este delito de incendio, que puede entrar en concurso también con la tentativa del respectivo delito contra la vida o la integridad física si la intención del sujeto era, además de producir un peligro general para la seguridad colectiva, la de producir estos resultados específicos. Si, por el contrario, con el incendio sólo se pretende matar o lesionar a una o varias personas, excluyendo cualquier otro riesgo para otras, habrá sólo el delito doloso con la agravante a que el incendio como medio comisivo pueda dar lugar.

Concursos

Varios problemas concursales plantea este artículo. En primer lugar, con el delito de daños. Hemos dicho que en el art. 351 se incrimina exclusivamente la producción de una situación de peligro para la vida e integridad

física de las personas, sin que su injusto abarque los resultados materiales producidos, por lo que, en principio, este precepto debería estar en una relación de concurso de delitos con los daños. Ello da lugar a diferentes supuestos concursales que seguidamente se exponen.

1º) La LO 7/2000, de 22 de diciembre, ha añadido al art. 351 un segundo párrafo, conforme al cual «cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código». Pero esto quiere decir que cuando, además de los daños, existe también un riesgo para la vida y la integridad física, habrá que admitir un concurso ideal entre ambos delitos, porque obviamente si se da este riesgo, el hecho no puede tener menor pena que si se aplica el art. 351, pero tampoco se puede dejar en este caso de valorar el daño patrimonial como delito independiente y no ya sólo como daño simple, sino por el correspondiente tipo cualificado del art. 266. Sólo así puede entenderse lo que dice el último párrafo del art. 266 de que «en caso de incendio será de aplicación lo dispuesto en el art. 351», que lógicamente requiere el peligro para la vida o la integridad. De todos modos, debe reconocerse que la redacción del art. 266 es confusa y puede dar lugar a diversas interpretaciones (por ej., a que caso de peligro para la vida o la integridad física se apreciará concurso ideal entre el delito de estragos o de incendios y el correspondiente tipo de daños de los arts. 263, 264 ó 265, tesis mantenida por mí en el Apéndice a la 13ª ed. de esta obra, pero que, aunque sea compatible con el tenor literal del art. 266, se compadece mal con el carácter agravatorio que le quiso dar a este precepto la reforma del 2000; cfr. *supra*, capítulo XXI).

2º) Cuando se trata incendio forestal (cfr. *infra*), la puesta en peligro de la vida y la integridad física de las personas determina también la aplicación del art. 351, pero además se impone la pena de multa de doce a veinticuatro meses (art. 352). Y ambas penas de aplicarán en su mitad superior cuando se dé alguno de los supuestos previstos en el art. 353. Respecto a la relación con los daños tipificados en el art. 266, tanto los incendios forestales, como los demás incendios a que se refieren los arts. 354 y ss. se regirán por las reglas concursarles mencionadas en el apartado anterior.

3º) Cuando el incendio sea medio para cometer los estragos del art. 346, resultará éste de aplicación preferente en cuanto ley especial (art. 8,1ª Cp). También habrá de apreciarse un concurso de normas cuando el delito de terrorismo del art. 571 se cometa por medio de incendio, solución consagrada expresamente en dicho artículo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el art. 577 en relación a los actos realizados por sujetos no pertenecientes a grupos terroristas, remite a la pena de los delitos de incendios, previendo su imposición en la mitad superior.

4º) Cuando a consecuencia del incendio se produjere, además del peligro, la muerte o lesiones de una o varias personas, habrá de apreciarse un concurso ideal de delitos. De esta regla hay que excepcionar los casos en que hayan sido una o determinadas personas las puestas en peligro y las que resultan lesionadas o muertas, en cuyo caso serían estos delitos los únicos aplicables puesto que la consumación absorbe la previa situación de peligrosidad.

En relación al resultado muerte, si bien el Código penal de 1995 ha suprimido entre las circunstancias cualificantes del asesinato el cometer el hecho por medio de incendio, dicho medio podrá reconducirse a la alevosía, en cuanto que tiende directamente a asegurar el resultado. Por lo mismo, en relación al resultado de lesiones puede apreciarse dicha agravante genérica, contemplada en el art. 22,1ª (en este sentido PRATS CANUT, en QUINTERO, Comentarios, p. 1589).

Penalidad

El art. 351 prevé un marco extraordinariamente amplio de pena privativa de libertad: de diez a veinte años, en el que su límite superior excede de la pena prevista para el delito de homicidio. En el fondo se está presumiendo que el peligro para la vida o la integridad de las personas constituye ya, por lo menos, un dolo eventual respecto al resultado lesivo. Pero esta generalización puede ser contraria al principio de culpabilidad, al valorar ya como dolo lo que respecto a ese resultado lesivo puede que no pase de la imprudencia grave. De ahí que el inciso segundo del art. 351 conceda a los Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado atendiendo a la menor entidad del peligro causado así como a las demás circunstancias del hecho.

b) Incendios forestales

La reforma de 11 de diciembre de 1987 introdujo una regulación específica de los incendios forestales en el Código penal anterior, a la que el Código penal de 1995 ha incorporado algunas novedades. Se siguen conservando, sin embargo, los principales defectos de la anterior regulación, como la limitación de la impunidad del desistimiento voluntario a la modalidad del art. 354 y la innecesaria casuística tradicional, buscando, con una elevada gravedad punitiva, un efecto intimidatorio que difícilmente va a acabar con la plaga de los incendios forestales veraniegos, en parte debidos, más que a conductas dolosas, a una mezcla de circunstancias naturales (elevadas temperaturas) y negligencia tanto de los ciudadanos, como de los propios organismos encargados del cuidado y limpieza de las masas forestales. Buena prueba de ello es que, según pone de relieve la Circular 4/1990, de 25 de junio, sobre actuación del Ministerio Fiscal en cuestiones relacionadas con incendios forestales, sólo en 1989 se registraron más de 100.000 incendios forestales en los que ardieron casi 390.000 hectáreas y, desde luego, no todos ellos pueden ser atribuidos a conductas

criminales dolosas, o España sería un país de incendiarios. En todo caso, quizás para conseguir una mayor sensibilización social respecto a este problema, la Ley del Jurado atribuye estos delitos a la compentencia del Jurado.

Cuestiones comunes a todos los tipos

La determinación de qué haya de entenderse por incendios forestales requiere acudir a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, cuyo art. 6,k define el incendio forestal como el fuego que se extiende sin control sobre combustibles forestales situados en el monte. El concepto de monte es, a su vez, definido en el art. 5 de dicha ley.

Bien jurídico protegido en estos tipos es, en primer plano, la riqueza forestal, y con ella, más allá de la destrucción del arbolado o las masas forestales, las perturbaciones ecológicas que comporta (en este sentido González Guitián, p. 365; Ruiz Rodríguez, p. 85, y STS 15 octubre 1990).

> Art. 352: «Los que incendiaren montes o masas forestales, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de doce a dieciocho meses.
> Si ha existido peligro para la vida o integridad física de las personas, se castigará el hecho conforme a lo dispuesto en el artículo 351, imponiéndose, en todo caso, la pena de multa de doce a veinticuatro meses».

En su tipicidad base el precepto incrimina exclusivamente los daños que el incendio produce en la riqueza forestal, teniéndose en cuenta la situación de peligrosidad para la vida o integridad física sólo a modo de cualificación. Obsérvese en todo caso que cuando dicho peligro tenga lugar, los hechos se sancionarán conforme al art. 351, con lo que la pena privativa de libertad viene a coincidir con los casos en que el incendio recae sobre cualquier otro bien, siendo también de aplicación las consideraciones hechas en relación con el concurso de delitos. Debe entenderse, además, que la remisión genérica a las penas del art. 351 permite también a los Tribunales imponer la pena inferior en grado atendiendo a la entidad del peligro. Junto a esta pena de prisión, y como específica traducción del mayor desvalor del hecho por razón del objeto sobre el que recae, se contempla la imposición de una multa de doce a veinticuatro meses.

> Art. 353: «1. Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:
> 1º. Que afecte a una superficie de considerable importancia.
> 2º. Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.
> 3º. Que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido.
> 4º. En todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.
> 2. También se impondrán dichas penas en su mitad superior cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio».

Las cualificaciones comprendidas en este precepto vienen a completar la específica protección que en materia medioambiental recogen los arts. 325 y ss. Aspecto común a todas ellas es el amplio margen de arbitrio que necesariamente corresponde al juzgador, al emplear conceptos que requieren una apreciación judicial («considerable importancia», «grandes o graves efectos erosivos», «grave deterioro o destrucción»).

El apartado segundo contempla una cualificación en base al mayor desvalor que merece la conducta del sujeto en función del móvil lucrativo que inspira su actuación. Esta cualificación, sin embargo, si bien resulta justificada ante la frecuencia de estos supuestos, no deja de resultar un elemento extraño desde el punto de vista del bien jurídico protegido, la riqueza forestal, respecto al que nada añade el móvil del autor (al que en todo caso puede darse también respuesta a través de las medidas del art. 355; críticamente respecto a esta agravación Ruiz Rodríguez, pp. 100 ss.).

> Art. 354: «1. El que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses.
> 2. La conducta prevista en el apartado anterior quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor».

La acción consiste en prender fuego a los montes o masas forestales. Por tal debe entenderse el comienzo de un incendio que amenaza con extenderse a otras zonas aún no afectadas. Presupuesto de la aplicación de este artículo es que finalmente no llegue a propagarse el incendio, lo que en atención al menor desvalor del resultado determina

una penalidad inferior. Este menor desvalor del resultado tiene que ser debido a cualquier causa fortuita o provocada por la actuación ajena, nunca por la propia actuación del autor, en cuyo caso sería aplicable el apartado segundo.

Dicho apartado segundo contempla una excusa absolutoria cuya razón de ser sólo puede entenderse desde la comprensión que propusimos al principio en torno al momento de la consumación de estos delitos. En efecto, sólo si se entiende que dichos delitos se consuman en el momento en que comienza el incendio con peligro de propagación tiene sentido la introducción de esta expresa excusa absolutoria. De lo contrario, esto es, de entenderse que la acción de prender fuego es sólo una forma de tentativa, sería suficiente para conceder la impunidad la genérica regulación del desistimiento en el art. 16.

Disposición común a todos los incendios forestales

> Art. 355: «En todos los casos previstos en esta sección, los Jueces o Tribunales podrán acordar que la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años. Igualmente podrán acordar que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio».

c) Incendios en zonas de vegetación no forestales

> Art. 356: «El que incendiare zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses».

Este precepto, cuyo objeto se configura por exclusión de lo que sean las zonas forestales, contiene un delito de lesión que incrimina el perjuicio causado en el medio natural, integrándose así dentro del grupo de preceptos que completan la tutela penal al medio ambiente y los recursos naturales contenida en los arts. 325 y ss. El perjuicio ocasionado tiene que ser grave, lo que requerirá una valoración judicial en cada caso.

Cuando adicionalmente al perjuicio producido al medio natural tenga lugar una situación de peligro para la vida o integridad física, será de aplicación también el art. 351, con el que entra, por tanto, en una relación de concurso ideal.

d) Incendios en bienes propios

> Art. 357: «El incendiario de bienes propios será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años si tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales».

En este precepto se aglutinan una serie de conductas de difícil reconducción a un único denominador común más allá del objeto sobre el que recae el incendio: un bien propio. En él se mezclan tres tipos de comportamiento cuya ubicación en un único artículo sólo puede justificarse por el carácter residual del precepto.

– En primer lugar, se contempla la conducta del incendiario que actúa con el ánimo de defraudar o causar un perjuicio económico a tercero, lo que emparenta más a esta modalidad con los delitos patrimoniales. Llamativa es, además, la amplitud con que el legislador incrimina esta conducta, equiparando en penalidad las formas intentadas a la efectiva causación o producción del perjuicio («tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros» o «hubiere causado defraudación o perjuicio»). Un ejemplo de esta modalidad es el incendio de cosas aseguradas para cobrar ilícitamente la prima. Esta modalidad de acción incendiaria lleva aparejada normalmente un concurso ideal entre el incendio y una defraudación (estafa, alzamiento; en este sentido Quintano IV, p. 207 y STS 21 diciembre 1974; también Pérez Alonso, pp. 1103 ss., quien considera este precepto como «acto preparatorio» de una estafa).

– Junto a ella, y compartiendo la dimensión eminentemente patrimonial, se contempla un delito que reviste ahora la forma de peligro: el de propagación del incendio a edificio, arbolado o plantío ajeno, peligrosidad que habrá de comprobarse en el caso concreto. En el supuesto de que lleguen a causarse daños materiales serán de aplicación los correspondientes tipos de daños. Todo ello sin perjuicio de apreciar el art. 351 si llega a producirse una situación de peligrosidad concreta para la vida o salud de las personas.

– Por último, el inciso final del art. 357 vuelve a contemplar una modalidad de resultado consistente en la causación de un perjuicio grave a las condiciones de vida silvestre, los bosques o los espacios naturales y, por tanto, nos encontramos aquí de nuevo ante un delito contra el medio ambiente (en este sentido Ruiz Rodríguez, pp. 103

ss.). Este precepto completa la protección que a la flora otorga el art. 332, que tiene un ámbito de aplicación propio (las especies protegidas), distinto al del art. 357 (vida silvestre, bosques y espacios naturales).

e) Disposición común a todos los delitos de incendios: la comisión imprudente

> Art. 358: «El que por imprudencia grave provocare alguno de los delitos de incendio penados en las secciones anteriores, será castigado con la pena inferior en grado, a las respectivamente previstas para cada supuesto».

A pesar de que este precepto viene formalmente a cumplir con la exigencia de *numerus clausus* en la incriminación de la imprudencia (art. 12 Cp), puede decirse que, de hecho, en relación al grupo de artículos a que se refiere plantea tantos problemas interpretativos como el sistema del *crimina culposa*. Y ello porque, por la redacción misma de muchos de los artículos, se hace necesaria una tarea interpretativa en orden a determinar en cuál de las modalidades es posible la incriminación imprudente. Dicha posibilidad habrá de rechazarse en los casos en los que el tipo castiga la conducta o agrava su penalidad en razón del móvil del autor (art. 353,2: ánimo de obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio, y primer inciso del art. 357: ánimo de defraudar o perjudicar a terceros).

CAPÍTULO XXVII

C) Delitos contra la salud pública. Delitos sobre materias cuya ingestión o uso produce daños en la salud. Faltas contra los intereses generales

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ACOSTA ESTÉVEZ, *Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimentarios*, CPC 1991; ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Los delitos contra la salud pública en el Anteproyecto de Código penal del 30 de diciembre de 1991*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; CORCOY BIDASOLO, *Resultado muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, ADP 1989; CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado muerte en los delitos contra la salud pública*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; CUADRADO RUIZ, *La protección penal de los medicamentos*, CJ 1993; DÍAZ PALOS, *Delitos contra la salud pública*, NEJ VI, 1954; DÍAZ PITA, M., *La transmisión del Sida*, CJ 1993; DOVAL PAIS, *La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992*, PJ 1992; GUINARTE CABADA, *EL delito de elaboración y tráfico ilícitos de sustancias nocivas o productos peligrosos (Art. 341 del Código Penal)*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia 1995; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Delitos de peligro con verificación de resultado*, en Libro Conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna, La Laguna 1993; LUZÓN PEÑA, *Ocultación o sustracción de efectos destinados a la inutilización o desinfección*, La Ley 1989; MARTOS NÚÑEZ, *Protección de los consumidores y usuarios*, RFDUC monográfico 6, 1983; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, RFDUC 1977; PAREDES CASTAÑÓN, *Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: Algunas observaciones acerca del «caso de la colza»*, PJ 1994; PAREDES CASTAÑÓN/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia 1995; PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor*, Barcelona 1991; el mismo, *La regulación del delito alimentario nocivo*, ADP 1993; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994; RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios nocivos*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; ROLDÁN BARBERO, *Los consumidores en la dinámica de los estudios penales sectoriales*, en Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1990; SAINZ CANTERO, *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, REP 1967; el mismo, *Criminología de los fraudes de alimentos*, EPC 1981/1982; el mismo, *La protección penal del consumidor frente al fraude*

de alimentos en el ordenamiento vigente y en el Proyecto de Reforma parcial del Código penal, Anuario de Estudios sociales y jurídicos, Granada 1981-1982; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *El delito farmacológico: dispensaciones ilegales de medicamentos y alteración o simulación de sustancias medicinales,* en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; el mismo, *El delito farmacológico,* Madrid 1995; TORÍO LÓPEZ, *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores,* en Estudios sobre el derecho del consumo, Bilbao 1991; VARIOS, *Delitos contra la salud pública,* Valencia 1977; VARIOS, *Delitos contra la salud pública,* CDJ 1992.

Sobre el Código penal de 1995: ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364,2),* Valencia 2001; ARROYO ZAPATERO, *La supresión del delito de propagación de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión en el SIDA,* Derecho y Salud 1996; CUADRADO RUIZ, *Protección penal de la salud de los consumidores,* en Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente, Martos Núñez (dir.), Sevilla 1997; el mismo, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario,* Barcelona 1998; el mismo, *¿Protege el Derecho penal a los consumidores?,* AP 1999; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Infracciones y sanciones en materia de consumo. Guía de actuación de la Administración Sancionadora,* Madrid 2000; DÍAZ PITA, M./ DÍAZ PITA, P./ NÚÑEZ CASTAÑO, *La transmisión del SIDA,* en Martos Núñez (dir.), Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente, Sevilla 1997; DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales,* Pamplona 1996; el mismo, *Los delitos de fraude alimentario nocivo en el contexto de los delitos contra la seguridad colectiva,* en Zúñiga Rodríguez/ Méndez Rodríguez/ Diego Díaz-Santos (coords.), Derecho penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, Madrid 2001; GÓMEZ MARTÍN, *Algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico-penal de la suelta de animales potencialmente peligrosos,* AP 2003; GÓMEZ RIVERO/ MONGE FERNÁNDEZ, *Venta y manipulación ilegal de medicamentos,* en Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente, Martos Núñez (dir.), Sevilla 1997; ÍÑIGO CORROZA, *El caso del «producto protector de la madera» (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán,* AP 1997; el mismo, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos,* Barcelona 2001; LUZÓN PEÑA/ MIR PUIG (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto,* Barcelona 1996; MARTÍN PALLÍN, *Protección penal de los consumidores,* La Ley 1996; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico,* La Ley 2000; PÉREZ ÁLVAREZ, *Alimentos transgénicos y Derecho penal. Apuntes para una reflexión,* en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la salud pública, ¿ofrecen una protección jurídica de los consumidores?,* en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; SIERRA LÓPEZ, *Los criterios de agravación del injusto en relación con el delito de venta de medicamentos deteriorados,* La Ley 1996; SUAY HERNÁNDEZ, *Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador,* en Las fronteras del Código penal y el Derecho administrativo sancionador, CDJ 1997; YACHACHI MONFORT, *Algunas consecuencias de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en materia de medicamentos,* RCP 2001-2002.

Sobre tráfico de drogas, véase *infra* capítulo siguiente.

C) DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

La salud pública, como valor comunitario inmanente a la convivencia humana, ha empezado a preocupar al Estado en fechas relativamente recientes. En la antigüedad los problemas referentes a la higiene y sanidad sociales estaban fuertemente influidos por ideas religiosas o mágicas, en la creencia de que la enfermedad y la muerte eran castigos divinos o fenómenos independientes de la voluntad humana ante los cuales al hombre no le quedaba otro recurso que sufrirlas.

Estas ideas fueron cambiando con el progreso de la Medicina moderna, que puso de relieve las causas de muchas epidemias que hasta entonces habían azotado a la Humanidad y ofreció los remedios para prevenirlas y combatirlas.

A partir de entonces el poder público consideró como una de sus funciones fundamentales la regulación de la sanidad pública, dando normas, de tipo administrativo sobre todo, para su regulación.

Actualmente el progreso de la Medicina e Higiene social ha logrado mantener dentro de límites soportables un mínimo de sanidad y erradicar en los países civilizados las enfermedades sociales, previniendo, con las vacunaciones y los controles sanitarios, cualquier causa que pueda desencadenarlas.

Frente al concepto de salud individual, la noción de salud pública subraya la dimensión social del bien jurídico protegido en estos tipos, que va más allá de la mera suma de saludes individuales y se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas (cfr. DOVAL PAIS, 1996, pp. 253 s.). A esta dimensión social de la salud pública se refiere el art. 43,2 de la Constitución: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

El Derecho penal también protege este bien jurídico de carácter social o colectivo, si bien con algunas particularidades derivadas de su carácter de «ultima ratio» y del principio de intervención mínima,

sancionando en el Código penal sólo las infracciones más graves de las normas sanitarias sobre elaboración y tráfico de determinadas sustancias químico-farmacéuticas y alimenticias que puedan acarrear daños en la salud de las personas dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, en el Capítulo III del Título XVII, bajo la rúbrica «De los delitos contra la salud pública». En este mismo Capítulo se ubican los delitos relativos al tráfico de drogas, de cuyas particularidades nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

DELITOS SOBRE MATERIAS CUYA INGESTIÓN O USO PRODUCE DAÑOS EN LA SALUD

Dejando aparte los delitos relativos a las drogas (cfr. capítulo siguiente), los delitos de este grupo se clasifican por la índole de su objeto material:

a) Sustancias nocivas para la salud o productos químicos que pueden causar estragos

En relación con estas sustancias existen dos tipos de delitos:

> Art. 359: «El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años».

En el *tipo objetivo* de este delito destacan tres elementos: el objeto material constituido por las sustancias nocivas para la salud o los productos químicos que puedan causar estragos, la falta de autorización y la acción de elaborar, despachar, suministrar o comerciar con dichas sustancias.

El carácter de «nocividad» de una sustancia lo da tanto su composición, como su uso específico. Aquí se refiere a la nocividad en general de algunas sustancias para la salud y no a la particular que en algún caso concreto pueden tener algunas sustancias para algunas personas (el azúcar para los diabéticos, por ej.). Respecto a los productos químicos que pueden causar estragos, hay que entender por estragos los daños de gran importancia o gravedad que normalmente

pueden producirse con el empleo de explosivos, inflamables, etc. (cfr. *supra* capítulo XXVI).

Lógicamente la manipulación de estos productos requiere una especial autorización, cuya ausencia constituye el núcleo de este delito y lo emparenta con los delitos de intrusismo, por cuanto generalmente supone el ejercicio de actos propios de determinados profesionales. La falsa creencia, con error vencible, de que sí se tiene dicha autorización puede dar lugar al castigo por imprudencia (cfr. arts. 14,1 y 367 Cp).

La descripción de la acción típica es doble: por un lado, se castiga el despacho, suministro o comercialización de estos productos sin estar autorizado para ello; por otro, su elaboración sin estar autorizado. En relación a esta última modalidad, frente a lo exigido en la anterior regulación, el art. 359 no requiere que la elaboración se realice con la intención de expenderlas o de traficar con ellas, lo que cuestiona el contenido de peligrosidad que debe justificar la incriminación de estas conductas, difícilmente apreciable cuando no están destinadas a su comercialización o expendición.

La consumación del delito no requiere la creación de una situación de peligro concreto para la vida o salud de las personas en sentido individual. Respecto a la salud en sentido colectivo, aunque el precepto tampoco exige su puesta en peligro, el hecho de que haya de tratarse de sustancias nocivas o que puedan causar estragos incorpora un elemento de peligrosidad que aleja al art. 359 de los delitos de peligro abstracto y, con ello, de las meras infracciones administrativas.

En el *tipo subjetivo,* el dolo requiere el conocimiento tanto de la ausencia de autorización como de la cualidad peligrosa de las sustancias. Conforme al art. 367 es punible la imprudencia grave.

> Art. 360: «El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años».

El objeto material es el mismo que en el artículo anterior, si bien ahora la conducta consiste exclusivamente en el despacho o suministro de sustancias sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes o Reglamentos respectivos. Es decir, el delito del art. 360 supone que el sujeto sí está autorizado para el tráfico de esas sustancias, lo que explica la ausencia de pena de prisión en el marco penal de este delito.

Se trata, por tanto, de un mero incumplimiento de las formalidades previstas en las Leyes o Reglamentos en relación con el despacho o suministro, lo que configura el tipo como una *norma penal en blanco*. No obstante, no es suficiente con la mera infracción de las normas administrativas existentes al respecto, pues, al igual que decíamos en relación al artículo anterior, si bien no es necesaria la producción de una situación de peligrosidad concreta para la salud de las personas, el que se trate de sustancias nocivas o que puedan causar estragos presupone, al menos, la potencialidad lesiva de la conducta para los bienes individuales, y desde el punto de vista del bien jurídico colectivo salud pública, su puesta en peligro. Es esta exigencia de peligrosidad la que cualifica el injusto típico frente al incumplimiento de reglamentaciones administrativas (sobre la «nocividad» como elemento sustentador del contenido material del injusto en estos delitos, el grado de nocividad requerido y la prueba del mismo, véase MUÑOZ CONDE, en HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, pp. 68 ss.; en el mismo sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 989; GARCÍA ALBERO, en QUINTERO, Comentarios, p. 1605; BOIX/ DOVAL, en VIVES, Comentarios, p. 1648; y GUINARTE CABADA).

Específicos problemas concursales de estos delitos

Además de la relación concursal de todos los delitos contra la salud pública con los correspondientes resultados lesivos que en su caso se produzcan (*infra*), estos tipos plantean el problema adicional de su relación con el art. 348. En principio podría decirse que la mayoría de las conductas subsumibles en el art. 348, que exige la nocividad de las sustancias o su potencialidad para causar estragos, lo son también en el art. 359. No obstante, entre ambos tipos existe una diferencia sustancial, ya que la técnica seguida por cada uno de ellos a la hora de configurar la situación de peligrosidad es distinta. Porque mientras los arts. 359 y 360 no exigen la puesta en peligro concreto de los bienes jurídicos individuales, limitándose a incriminar la situación de peligro que para la salud colectiva representa la nocividad de la conducta o su potencialidad para causar estragos, el art. 348 está contemplando la producción de una situación de peligrosidad concreta para la vida, integridad o salud física de las personas.

Cuando el resultado producido fueran los estragos del art. 346, habrá de apreciarse un concurso de leyes en el que sería este último el precepto aplicable, ya que el resultado de estragos absorbe en su totalidad la situación de peligro contemplada en el art. 359, respecto al que los estragos representarían, por tanto, su consumación.

b) Medicamentos

Los arts. 361 y 362 vienen a dar respuesta penal a los serios riesgos que comporta la elaboración, manipulación y venta ilegal de los medicamentos. Por citar sólo algunos casos que han saltado a los medios de comunicación, baste recordar la alarma social provocada por recientes informes que ponían de manifiesto que el consumo del dietilestilbestrol por mujeres embarazadas podría ser el causante de los casos de cáncer de útero o urológicos registrados en sus hijos; o los informes que aseguraban que las píldoras llamadas «de tercera generación» o de «baja dosis» aumentaban sensiblemente el riesgo de padecer trombosis. Mucho más conocido fue el caso de la talidomida en Alemania. Ante el Tribunal de Aquisgrán comparecieron algunos directivos de la empresa químico-farmacéutica alemana Grünenthal, acusados de lesiones y homicidios imprudentes por la comercialización a fines de los años cincuenta de un fármaco sedante a base de talidomida: el «Contergán». Ha sido la conciencia de esta realidad la que llevó al legislador a incriminar las conductas de manipulación y expendición ilegítima de medicamentos.

El concepto de medicamento no es unívoco. Una definición al respecto la ofrece el art. 8 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, que lo define como «toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que pueden ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ellos» (sobre otros conceptos de medicamento utilizados por la jurisprudencia, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 991, quien finalmente se inclina por la definición de la Ley de 1990; también CARMONA, en Curso II, p. 132; y BOIX/ DOVAL, en VIVES, Comentarios, p. 1652. Para un resumen de las distintas posiciones, véanse SÁNCHEZ MARTÍNEZ, 1995, pp. 240 ss.; y GÓMEZ RIVERO/ MONGE FERNÁNDEZ, pp. 97 ss.).

Sin embargo, la salud pública es, en principio, sólo la humana, no la animal, por lo que las conductas tipificadas en los artículos que vamos a estudiar sólo se refieren a medios terapéuticos destinados a las personas (en este sentido, la STS de 27 de abril de 1989, en la que el Tribunal desestima la aplicación del entonces art. 343 bis Cp respecto a un supuesto de comercialización y venta de medicamento de uso veterinario sin la presencia de un técnico farmacéutico).

La principal dificultad consiste en distinguir el concepto de medicamento de los productos cosméticos y alimenticios. Un criterio pragmático puede ser considerar medicamentos aquellos productos químico-farmacéuticos que sólo pueden venderse en farmacias. Aquellos otros cuya venta se permita en perfumerías o en tiendas de comestibles no son medicamentos, aunque también se vendan en farmacias. La venta de medicamentos en estos establecimientos puede constituir el delito del art. 359.

Problemática específica plantean los llamados «medicamentos especiales» (tejidos humanos, sangre, productos homeopáticos, etc., véanse arts. 39 y ss. de la Ley 25/1990). Por lo que se refiere a la sangre, el Tribunal Supremo se pronunció afirmativamente en la Sentencia de 18 de noviembre de 1991, en la que se enjuiciaba al Director médico y al Jefe de servicio de hematología del Hospital «Príncipe de España» de Cataluña por haberse practicado 2884 transfusiones de sangre sin realizar previamente las pruebas de detección de anticuerpos VIH previstas reglamentariamente, y a consecuencia de las cuales dos pacientes recibieron sangre infectada. El problema adicional que plantea esta sentencia es si la transfusión de sangre es una forma de expendición de la misma. Gómez Rivero/ Monge Fernández (pp. 93 s.) opinan, con razón, que al ser la sangre un medicamento que según la Ley 25/1990 (art. 40) puede ser objeto de expendición, los actos de entrega y transfusiones realizadas en centros hospitalarios pueden incluirse en el art. 361 (en contra de esta tesis, Feijóo Sánchez, en Rodríguez Mourullo, Comentarios, p. 992; Sánchez Martínez, 1995).

> Más problemática es la conceptuación como medicamento de los aparatos técnicos que se emplean en determinados tratamientos, como, por ejemplo, los filtros utilizados en la diálisis. A mi juicio, las deficiencias en su fabricación o instalación pueden incluirse en el art. 362, siempre que tales productos puedan calificarse de «medicamento», para lo que no creo haya obstáculo legal alguno. Lo mismo sucede con el «acelerador de partículas» utilizado en el tratamiento radiológico del cáncer, aunque en este caso el hecho podría tipificarse también como exposición a radiaciones ionizantes del art. 343 (véase *supra* capítulo XXVI).

Consideraciones generales

Los arts. 361 y 362 exigen que la conducta ponga en peligro «la vida o la salud de las personas», lo que debe entenderse en el sentido de su nocividad en general, esto es, de peligro para la salud en su acepción colectiva. No es necesario, por tanto, que llegue finalmente a producirse una inminente situación de peligro para el concreto consumidor de los medicamentos, traduciéndose la exigencia de peligrosidad para el bien jurídico salud pública en la mera aptitud nociva del medicamento para la salud individual.

Por otra parte, y también como elemento común a todos los tipos, debe tenerse en cuenta que el art. 367 castiga la incriminación de los hechos realizados por imprudencia grave, siguiendo con ello lo que es la tónica habitual de los delitos comprendidos en el Título XVII.

Estudio de los distintos tipos

1) En relación con el despacho o expendición

> Art. 361: «Los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o sustituyan unos por otros, y con ello pongan en peligro la vida o la salud de las personas serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años».

Tipo objetivo

La *acción típica* puede revestir tres modalidades.

a) Expendición o despacho de medicamentos deteriorados o caducados

La acción típica consiste en poner a la venta o hacer entrega de medicamentos deteriorados o caducados. Medicamentos deteriorados son aquéllos que han perdido, a consecuencia del tiempo o por deficiencias en su conservación, las cualidades que les eran propias en el momento de su elaboración. El deterioro debe ser sensible y afectar a las propiedades específicas del medicamento que fue elaborado correctamente. De ellos hay que distinguir los medicamentos de mala

calidad, que son los que desde el momento de su elaboración no tienen aquellas cualidades que se predican de ellos. La elaboración de estos medicamentos puede constituir el delito previsto en el art. 362.

b) Expendición o despacho de medicamentos que incumplan las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia

La determinación de la conducta típica requiere acudir a la correspondiente normativa al respecto. En este sentido, habrá de estarse a lo dispuesto por el RD 1564/1992, de 18 de diciembre, relativo, entre otros aspectos, a la garantía de calidad en la fabricación industrial. La conducta descrita en este precepto consiste en la expendición o el despacho del medicamento con estas deficiencias, pero este hecho supone normalmente que se ha dado previamente el delito previsto en el art. 362, en el que el sujeto activo será frecuentemente el fabricante, que es quien está en condiciones de incumplir las exigencias técnicas de elaboración.

c) Sustitución de un medicamento por otro

La sustitución tiene que referirse a supuestos distintos de los autorizados por la Ley del Medicamento (art. 90,1) para los casos en que el farmacéutico no disponga de la especialidad farmacéutica de la marca o denominación convencional prescrita, casos en los que el referido precepto autoriza la sustitución por otra sustancia de igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación.

Tipo subjetivo

Las tres modalidades requieren para apreciar el dolo el conocimiento y voluntad tanto de realizar la conducta (venta o expendición de medicamentos deteriorados o caducados, con incumplimiento de las exigencias técnicas o sustitución de uno por otro), como de la nocividad de las sustancias, esto es, de la puesta en peligro de la vida o salud de las personas, siendo suficiente el dolo eventual. Los casos de error habrán de tratarse conforme a las reglas del error de tipo (art. 14,1 Cp; en este sentido, Gómez Rivero/ Monge Fernández, p. 103).

La comisión por imprudencia (cfr. art. 367) tendrá lugar tanto en los casos en que el sujeto desconozca las condiciones en que se encuentra el medicamento (ej., caducidad), como cuando actúe creyendo que dicha condición es inocua para la salud de las personas.

> Cuando se trate de una conducta aislada de despacho de un medicamento caducado o de sustitución por otro, debido a imprudencia del que lo despacha o expende, y el peligro se realice en una lesión u homicidio, deberá apreciarse un solo delito por el resultado producido.

2) En relación con su elaboración

> Art. 362: «1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años:
> 1º. El que altere, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de un medicamento, privándole total o parcialmente de su eficacia terapéutica, y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas.
> 2º. El que, con ánimo de expenderlos o utilizarlos de cualquier manera, imite o simule medicamentos o sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud, dándoles apariencia de verdaderos, y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas.
> 3º. El que, conociendo su alteración y con propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas, tenga en depósito, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda, facilite o utilice en cualquier forma los medicamentos referidos y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas.
> 2. Las penas de inhabilitación previstas en este artículo y en los anteriores serán de tres a seis años cuando los hechos sean cometidos por farmacéuticos, o por los directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados, en cuyo nombre o representación actúen.
> 3. En casos de suma gravedad, los Jueces o Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho, podrán imponer las penas superiores en grado a las antes señaladas».

La diferencia entre estos delitos y los tipificados en el art. 361 consiste en que las conductas descritas en el art. 362 se dan en el ámbito de la elaboración o fabricación del medicamento, es decir, se actúa sobre el medicamento artificialmente, alterándolo o bien simulando como medicamento una sustancia que no lo es. En cualquier caso, común denominador con el art. 361 es la exigencia de la producción de una situación de peligro para la vida o salud de las personas, esto es, la nocividad de las sustancias así elaboradas, alteradas, imitadas o simuladas para la salud en general.

Especial referencia merece la cualificación contemplada en el apartado segundo. Esta cualificación estaba ya recogida en el Código penal anterior en relación a las conductas de despacho de medicamentos deteriorados o sustitución de unos por otros, por lo que se refería exclusivamente a los farmacéuticos. El Código penal de 1995 la recoge y amplía a la generalidad de las conductas delictivas, refiriéndola también a los directores técnicos de los laboratorios. El acierto de dicha cualificación, que sólo puede justificarse desde el punto de vista del mayor reproche que despierta la condición profesional del sujeto activo, no deja de resultar dudoso, en cuanto que son precisamente esas personas las que normalmente cometen estos delitos. Respecto a la agravación especial por razón de la «suma gravedad» de los hechos, la indeterminación de los factores a tener en cuenta para la misma la hacen sumamente criticable (véase SIERRA LÓPEZ, p. 4, quien considera que debería aplicarse también a los delitos previstos en los arts. 359 y 360).

Es punible la comisión imprudente conforme al art. 367, sin que a ello se oponga la exigencia en los apartados segundo y tercero de un especial elemento anímico («con ánimo de expenderlos o utilizarlos»; «con propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas»). En efecto, aun cuando el sujeto actúe con dicho ánimo, es posible apreciar la imprudencia en la medida en que no tenga conocimiento de que con su conducta pone en peligro la vida o integridad física de otras personas, por obrar en la creencia de que la alteración, imitación o simulación no es nociva para la salud.

Concursos

En los casos en que se producen uno o varios resultados de muerte o lesiones habrá de apreciarse un concurso ideal de delitos con el correspondiente tipo producido. No obstante, cuando el resultado lesivo sea consecuencia de alguno de los supuestos del art. 361, como el despacho de medicamento caducado o su sustitución por otro, y ello se deba a un error aislado del farmacéutico o dependiente, deberá apreciarse sólo el delito de lesión, porque la conducta está vinculada al caso concreto y no genera un peligro global que incida en más personas que la directamente afectada por el error.

Estas conductas pueden entrar en una relación de concurso ideal con un delito de estafa por defraudación en la calidad de las sustancias. La modalidad contemplada en el art. 362,1,3º plantea el problema de su concurrencia con el delito publicitario del art. 282. La solución la ofrece este mismo artículo, al disponer expresamente que las penas previstas en el mismo se aplicarán sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

c) Bebidas, comestibles, géneros corrompidos y productos alimenticios

El fraude alimentario, en cuanto es un hecho que puede afectar gravemente a la salud pública, aparece contemplado junto a los delitos relativos a los medicamentos en el Capítulo III del Título XVII, en los artículos 363 a 365. Hay que tener en cuenta que el fraude alimentario puede irrogar además un daño económico a los consumidores, si bien en este Capítulo el Código penal tiene exclusivamente en cuenta la protección de la salud pública (sobre los posibles problemas concursales, véase *infra*).

> La importancia de los alimentos para la salud pública, sobre todo los de consumo masivo, ha puesto en primer plano la necesidad de intervención del Derecho penal en esta materia, sobre todo cuando su manipulación y adulteración puede poner en peligro la salud de multitud de consumidores, más allá del caso aislado de la intoxicación que pueda provocar en una persona la ingestión de un alimento en malas condiciones, que era la imagen tradicional que se tenía de estos delitos. Pero no puede hacer olvidar que un buen control administrativo de las diversas fases de producción y comercialización es siempre más eficaz que la sanción penal en algún caso aislado de un concreto fabricante o comerciante que de forma generalmente imprudente, bien por no controlar totalmente alguna de las fases de la cadena de producción, bien por fallos técnicos, pone en el mercado productos defectuosos. Por otra parte, la imputación de los resultados lesivos, cuya producción es normalmente lo que hace que intervenga el Derecho penal, no siempre es posible por la dificultad de demostrar una relación de causalidad con la manipulación del producto (cfr. *infra*: concurso) y de individualizar la responsabilidad de los distintos agentes intervinientes en la elaboración, distribución y venta del producto (sobre estas y otras dificultades que presenta la llamada «responsabilidad por el producto» en Derecho penal, véanse HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, PAREDES CASTAÑÓN/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ÍÑIGO CORROZA, 2001).

1) Delitos realizados por productores, distribuidores o comerciantes

> Art. 363: «Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años

los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:
1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.
2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.
3. Traficando con géneros corrompidos.
4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.
5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos».

El punto de referencia que aglutina la tipicidad de estas conductas es la exigencia de una puesta en peligro de la salud de los consumidores en sentido colectivo, esto es, tiene que tratarse de conductas que alteran el conjunto de condiciones que garantizan el bienestar físico y psíquico de todos los individuos. No es necesario, por tanto, que llegue a producirse la concreta puesta en peligro de la salud del consumidor en particular, siendo suficiente la aptitud lesiva de la sustancia para el bien jurídico individual mediatamente protegido.

Junto a este denominador común, constante en todas las modalidades contempladas en el art. 363 es su configuración como delitos especiales, en la medida en que sujetos activos sólo pueden ser los productores, distribuidores o comerciantes. Ello facilita la imputación a título de comisión por omisión (art. 11) no sólo en lo que se refiere a la omisión propiamente dicha de los requisitos establecidos reglamentariamente para la venta de los productos, que ya es mencionada en el nº 1º, sino también en la medida en que dichas personas tienen una posición de garante respecto a la calidad del producto y la obligación de retirarlos del comercio si observan algún defecto en el mismo que pueda perjudicar la salud de los consumidores (sobre ello, véase Cuadrado Ruiz, 1998, pp. 85 ss.; 177 ss.).

En la primera modalidad el tipo se configura como una norma penal en blanco, en la que la situación de puesta en peligro tiene que producirse a partir de la infracción de la correspondiente normativa extrapenal sobre composición y caducidad (véase al respecto, Doval Pais, 1996, pp. 131 ss.). La acción típica puede tener lugar tanto en el momento de la fabricación, en cuyo caso sujeto activo sería el productor, como en el momento posterior de la comercialización. Sería este último el caso en que el comerciante altera los requisitos de caducidad o composición que originariamente cumplía el producto.

Junto a esta primera modalidad, los restantes apartados contemplan una serie de conductas en las que lo común es que el objeto sobre el que recaen resulta ya, de por sí, perjudicial para la salud. La nocividad y en general el carácter perjudicial para la salud es un factor eminentemente relativo que hay que ajustar a una realidad concreta, por cuanto no se trata de la nocividad en abstracto para la salud de determinados productos como el alcohol y el tabaco, sino del riesgo potencial que determinados productos, a determinadas dosis o cantidades, llevan aparejado normalmente para la salud de las personas.

El relativismo del concepto de nocividad viene aumentado en esta materia porque a diferencia de los delitos que recaen sobre los productos químicos farmacéuticos no existe aquí una reglamentación administrativa al respecto, no pudiéndose estimar como tal el Código alimentario, que sólo contiene una serie de indicaciones en absoluto vinculantes. Sin embargo, es evidente que todo lo que el Código alimentario considere «nocivo» o «contaminado» (primera parte, capítulo primero) entra dentro del ámbito de este delito (cfr. Rodríguez Ramos, en Varios, 1977, p. 454; Martos Núñez, p. 447; Boix/ Doval, en Vives, Comentarios, p. 1664; Octavio De Toledo, pp. 102 ss.; Pérez Álvarez, 1991; Doval Pais, 1996, pp. 131 ss.).

En cualquier caso, tanto la nocividad (apdo. 2) como el carácter corrompido de los géneros (apdo. 3), el uso perjudicial (apdo. 4) o la ocultación o sustracción de los efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados (apdo. 5) tienen que valorarse como una situación de puesta en peligro para la salud de los consumidores. Por ello, hubiese resultado preferible que la tipificación de las conductas de fabricación o elaboración en los apartados 2 y 4 no se hubiese redactado de forma alternativa a la comercialización, sino exigiendo la finalidad de comercializar con ellos, ya sea vendiéndolos a intermediarios o directamente a los consumidores. Más acertada resulta por ello la redacción del apartado 5 en relación a la ocultación o sustracción de efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados. Obsérvese por lo demás que la exigencia de este ánimo de comerciar no resulta incompatible con la incriminación de la imprudencia prevista en el art. 367, ya que, como decíamos en relación a los medicamentos, existirá imprudencia en la medida en que el sujeto desconozca que los productos que elabora o con los que trafica ponen en peligro la salud de los consumidores (en sentido contrario, STS 12 abril 1989 y comentario de Luzón Peña).

Concursos

Cuando a consecuencia de las conductas descritas se produzca la muerte o lesiones de una o varias personas habrá de apreciarse el correspondiente concurso ideal de delitos, ya que, según venimos diciendo, el tipo se limita a contemplar una situación de peligro para la colectividad.

No obstante, en la práctica, la existencia de una cadena causal múltiple, en la que intervienen diferentes sujetos (fabricantes, importadores, vendedores, etc.), dificulta la imputación de los resultados lesivos. Fue éste el problema que se planteó en el caso de la colza, en el que entre las decenas de procesados resultaba difícil individualizar las distintas cuotas de responsabilidad (HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, pp. 95 ss.; PAREDES CASTAÑÓN/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, pp. 133 ss.). La imputación del resultado lesivo sólo es posible en la medida en que se pruebe la relación de causalidad entre la adulteración del producto y la muerte o lesión de la persona afectada por su consumo, lo que es en algunos casos bastante complicado desde el punto de vista científico-natural (cfr. STS 23 abril 1992: caso de la colza. ÍÑIGO CORROZA, 2001, pp. 100 ss., considera la causalidad en términos de probabilidad o correlación). Cuando se prueba esa causalidad, la imputación, objetiva y subjetiva, será normalmente a título de imprudencia, aunque en la STS 23 abril 1992 se utilizó la fórmula del dolo eventual, si bien en aquella época se trataba de aplicar la cualificación por el resultado muerte contenida en el art. 348 del anterior Código penal, que según la interpretación jurisprudencial sólo era posible en caso de que existiera dolo eventual (véanse MUÑOZ CONDE, en HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, p. 111; y CORCOY BIDASOLO, p. 354. Sobre la diferencia entre dolo de peligro y dolo de lesión, véanse RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994, y en PAREDES CASTAÑÓN/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, pp. 203 ss.; ÍÑIGO CORROZA, 2001, pp. 157 ss.).

La concurrencia con los delitos de estafa se dará casi siempre. Pero la esencia de estos tipos radica en el peligro para la salud, por lo que habrá de apreciarse un concurso de delitos. Con razón distingue OCTAVIO DE TOLEDO (pp. 102 ss.) entre fraude alimentario «inocuo» y «nocivo», estimando que sólo éste es objeto del delito contra la salud pública, mientras que el primero sólo da lugar a un delito económico o patrimonial.

Por último, la modalidad de sustracción contemplada en el apartado 5 puede entrar, en su caso, en concurso con un delito de robo o hurto.

2) Delitos de adulteración

Art. 364: «1. El que adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario, será castigado con las penas del artículo anterior. Si el reo fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años».

A pesar de que en este artículo el legislador omite formalmente la exigencia de la puesta en peligro de la salud de los consumidores, la referencia a que se trate de sustancias susceptibles de causar daños a la salud de las personas incorpora ya implícitamente dicha exigencia. De hecho, si bien la fórmula «susceptibles de causar daños a la salud de las personas» parece emparentar este precepto con los delitos denominados de aptitud lesiva, o de peligro hipotético, el punto de referencia del posible resultado no es el riesgo a la colectividad, que se presupone, sino el de su materialización («daño») en la salud de las personas, esto es, respecto a los bienes jurídicos individuales que mediatamente protege el tipo. Pero desde el punto de vista de la salud pública conviene insistir en que nos encontramos, al igual que en la modalidad anterior, ante conductas que la afectan ya directamente, en cuanto que se alteran las condiciones que aseguran el bienestar de los ciudadanos en general. No podría justificarse de otro modo la equiparación de la penalidad de esta conducta a la del art. 363.

A diferencia del artículo anterior, sujeto activo puede ser cualquiera que realice la acción típica, configurándose el precepto, por tanto, como un delito común. Sólo a modo de cualificación se tiene en cuenta en el apartado primero la cualidad del sujeto activo como propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios.

La modalidad del apartado primero, consistente en la adulteración de productos destinados al comercio alimentario, remite a la correspondiente normativa extrapenal que regule el empleo de aditivos o agentes. Más allá del carácter prohibido de los aditivos, es necesario que por su dosis, empleo o cualidad presenten un carácter nocivo, esto es, sean susceptibles de causar daños a la salud de las personas.

Especialmente importante es este tema en relación con los «alimentos transgénicos» o modificados genéticamente, sobre cuya nocividad para la salud, incluso efecto cancerígeno, a medio y a largo plazo, se discute actualmente. La única posibilidad de intervención del Derecho penal en esta materia es la constatación de la normativa existente sobre la producción y elaboración de este tipo de productos, cuyas etiquetas deben, en todo caso, advertir al consumidor de su carácter transgénico (cfr. Ley 9/2003, de 25 de

abril, su Reglamento, aprobado por RD 178/2004, de 30 de enero, y el comentario de PÉREZ ÁLVAREZ, 2001, pp. 446 ss.).

3) Delitos relacionados con animales destinados al consumo humano

El apartado 2 del art. 364 impone la pena del apartado 1 al que realice cualquiera de las siguientes conductas:

> Art. 364: «2. Se impondrá la misma pena al que realice cualquiera de las siguientes conductas:
> 1º. Administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados.
> 2º. Sacrificar animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el número anterior.
> 3º. Sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1º».

El apartado segundo introduce una serie de figuras delictivas que no se encontraban en el anterior Código penal. Con ellas se trata de dar respuesta penal a los casos en que el riesgo para la salud de las personas proviene del tratamiento o alimentación a que ha sido sometido el ganado destinado al consumo humano. En este tipo encontrarían cabida conductas como el empleo de hormonas anabolizantes («Clembuterol») o cualquier otra sustancia nociva aplicada al ganado destinado al consumo («vacas locas», encefalopatía espongiforme bovina, en Inglaterra; piensos adulterados con dioxina en Bélgica, etc.), siempre que ello redunde en perjuicio de la salud humana. Igual que en el apartado 1, es necesario recurrir aquí a la normativa administrativa que regula la composición de los piensos animales, con lo que el carácter de norma penal en blanco es aquí incluso más acusado que en el apartado 1. Las sustancias no permitidas (dioxina, por ej.) o el nivel de las dosis se regulan por una amplísima legislación veterinaria de carácter vinculante. La infracción de la misma constituye, por tanto, ya de por sí una infracción administrativa, que para ser delictiva tiene que generar el riesgo para la salud de las personas, que constituye el elemento fundamentador del contenido de injusto de estos delitos (en este sentido GARCÍA ALBERO, en QUINTERO, Comentarios, pp. 1604 s.; FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 1006).

Los tres primeros números de este apartado segundo contemplan distintas secuencias de una misma situación de riesgo: administración a los animales de las sustancias a que se refiere el precepto y su sacrificio y destino al consumo humano. Punto de referencia de las distintas modalidades, en cuanto es la primera de sus secuencias, es la administración de sustancias no permitidas «que generen riesgo para la salud de las personas». Aunque el apartado 1 parece referir exclusivamente a esta modalidad dicha exigencia de la capacidad lesiva de las sustancias no permitidas, hay que entender que también el suministro en dosis superiores o para fines distintos de los autorizados tiene que generar dicho riesgo. No se entendería de lo contrario su equiparación en penalidad.

> El apartado 4º del art. 364,2 contempla una modalidad de peligro abstracto al castigar la conducta de «despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos». El tipo se consuma así con la mera realización de la conducta de poner a la venta la carne animal sin respetar el tiempo requerido por la correspondiente normativa reglamentaria, lo que produce su solapamiento con las meras infracciones administrativas, con el consiguiente desconocimiento de la exigencia de lesividad que debe cualificar al injusto penal (en este sentido, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO, Comentarios, p. 1637; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, p. 120).

4) Envenenamiento

> Art. 365: «Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas».

Al igual que en el artículo anterior, a pesar de que el precepto no se refiere expresamente a una situación de peligro para la salud pública, la propia entidad de las conductas, que recaen sobre sustancias destinadas al consumo humano, presupone dicha situación de riesgo, e incluso su propia lesión, entendiendo por tal la alteración de las condiciones que la aseguran. Distinto es que desde el punto de vista de los bienes individuales mediatamente protegidos el tipo se configure como un delito de peligro hipotético, siendo suficiente la potencialidad lesiva de la conducta para provocar daños en la salud de quienes los consuman.

ICO DE VITORIA

Este artículo viene a completar el elenco de conductas comprendidas en el art. 364,1. La acción consiste en envenenar o adulterar con sustancias que ya de por sí tienen la cualidad de tóxicas («envenenare»), infecciosas o que puedan ser gravemente nocivas para la salud. Es el carácter gravemente nocivo para la salud que tienen estas sustancias lo que determina la imposición de una penalidad superior a las conductas del art. 364,1.

Junto a las sustancias alimentarias, el precepto contempla también como objeto del envenenamiento o adulteración las aguas potables, entendiendo por tales las destinadas al consumo humano.

Disposiciones comunes a todos los tipos

Los arts. 366 y 367 contienen sendas disposiciones comunes a todos los delitos estudiados anteriormente:

1) Consecuencias accesorias

> Art. 366: «En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local *por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema* gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el art. 129».

2) Incriminación de la imprudencia grave

> Art. 367: «Si los hechos previstos en todos los artículos anteriores fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado».

FALTAS CONTRA LOS INTERESES GENERALES

En el Título III del Libro III, entre las «Faltas contra los intereses generales», el art. 630 castiga con las penas de localización permanente de seis a 10 días o multa de uno a dos meses a «los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores». El precepto, como indica ROMEO CASABONA (p. 641), está relacionado con la salud pública, aunque en el caso de las jeringuillas no requiere ningún tipo de peligro para la misma. La mención específica de éstas se debe a la frecuencia con que algunos drogodependientes las usan y luego las dejan abandonadas en la vía pública, pero en realidad carece de sentido, ya que en todo caso se incluirían entre los instrumentos peligrosos y su abandono debe ser sancionado, por ello, en las mismas circunstancias que éstos, cuando puedan causar daño a las personas o contagiar enfermedades o cuando se abandonen en lugares frecuentados por menores (¿hay además algún componente de tipo moral en esta referencia?). Un hecho similar es ya objeto de sanción administrativa en el art. 25 de la Ley de Seguridad Ciudadana.

En este mismo Título III se castiga entre las faltas contra los intereses generales a los «dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal» (pena: multa de 20 a 30 días). Cuando a consecuencia de ello se producen lesiones o incluso homicidios por imprudencia, los jueces suelen castigar sólo por la falta, imputando los resultados lesivos sólo para fijar la responsabilidad civil (véase GÓMEZ MARTÍN).

CAPÍTULO XXVIII

Delitos contra la salud pública (continuación). El delito de tráfico de drogas

EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Bibliografía: *Sobre la reforma de 1971:* BERISTAIN IPIÑA, *Las drogas y su legislación en España,* ADP 1973; CÓRDOBA RODA, *El delito de tráfico de drogas,* EPC 1979/1980; DEL TORO MARZAL, *Tráfico de drogas,* RJCat. 1980; GIMBERNAT ORDEIG, *La reforma del código penal,* Cuadernos para el Diálogo 1971 (recogido también en sus Estudios penales, 2ª ed., Madrid 1981); GONZÁLEZ SOLER, *Consideraciones en torno al delito de tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes,* REP 1979; LORENZO SALGADO, *Las drogas en el Ordenamiento penal español,* Barcelona 1978; LUZÓN PEÑA, *Tráfico y consumo de drogas,* en La reforma penal, Madrid 1982; MATO REBOREDO, *Tráfico ilícito de drogas en España,* CPC 1979; TALÓN MARTÍNEZ, *Tráfico de drogas,* AJ 1981.

Sobre la reforma de 1983: ARROYO ZAPATERO, *Aspectos penales del tráfico de drogas,* RFDUC monográfico 6, 1983; BERISTAIN IPIÑA, *Delitos de tráfico ilegal de drogas,* en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El marco normativo de las drogas en España,* RGLJ 1987; DÍEZ RIPOLLÉS, *La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente,* ADP 1987; JIMÉNEZ VILLAREJO, *En torno a la penalización del consumo y posesión de drogas ilegales,* RFDUC monográfico 11, 1986; LABARTA I FERRER, *Los proyectos de Ley sobre reforma del Código penal en materia de tráfico de drogas y sobre la creación de una fiscalía especial con tal ámbito de acción,* AP 1987; PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español,* Barcelona 1986; REY HUIDOBRO, *El tiempo en el artículo 344 del Código penal en materia de estupefacientes,* BIMJ 1986; el mismo, *El delito de tráfico de estupefacientes,* Barcelona 1987; RODRÍGUEZ RAMOS, *¿Contrabando de drogas?,* AP 1987; VERCHER NOGUERA, *Calificación jurídica de la tenencia o posesión de drogas o estupefacientes,* CPC 1983.

Sobre la reforma de 1988: APARICIO CALVO-RUBIO, *II Jornadas Internacionales de Alcaldes contra la droga,* AP 1990; BARATTA, A., *Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias,* en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; BARBERO SANTOS, *La droga en España,* AP 1988; BELTRÁN CATALÁ, *Derecho a la libertad, penalización del consumo o legalización de las drogas,* AP 1992; BOIX REIG, *Función del Ministerio Fiscal en relación con el tráfico ilegal de drogas,* en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; CERVINI, *Tóxicos-criminalidad organizada: su dimensión económica,* AP 1989; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *¿Qué resuelve la reciente Reforma del Código Penal en*

materia de drogas?, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; DE LA MATA BARRANCO, *Límites de la sanción en el delito de receptación*, Madrid 1989; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid 1989; GONZÁLEZ ZORRILLA, *Legislación simbólica y administrativización del Derecho penal: la penalización del consumo de drogas*, JD 1991; HERRERO HERRERO, *Delincuencia económica al amparo del fenómeno de la droga*, BIMJ 1989; HUBER, B., *El comiso de las ganancias en el Derecho penal. Con especial referencia a la Legislación sobre drogas*, AP 1990; JIMÉNEZ VILLAREJO, *La nueva regulación penal de los delitos de tráfico de drogas*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha 1989; LANDROVE DÍAZ, *La contrarreforma de 1988 en materia de tráfico de drogas*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; LORENZO SALGADO, *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, 2ª ed., Barcelona 1983; LUZÓN PEÑA, *Tentativa y frustración en el tráfico de drogas*, La Ley 1990; MANZANARES SAMANIEGO, *Aproximación al comiso del nuevo art. 344 bis c) del Código penal (Ley Orgánica de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico de drogas)*, BIMJ 1988; el mismo, *Breves observaciones a la nueva normativa sobre el tráfico ilegal de drogas (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, BIMJ 1989; el mismo, *Las drogas en el Derecho penal español*, AP 1991; MAQUEDA ABREU, *Observaciones críticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas*, AP 1988; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, *La droga como factor criminógeno: influencia en la delincuencia juvenil*, AP 1990; MUÑOZ CONDE/ AUNIÓN ACOSTA, *Drogas y Derecho penal*, Eguzkilore 1991; OLIVEROS ROSELLO, *Contrabando y art. 344 del C. penal*, PJ 1992; PRIETO RODRÍGUEZ, *En torno a la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988 de reforma de Código Penal sobre tráfico ilegal de drogas*, AP 1988; REEG, *El papel del Derecho penal en materia de estupefacientes. Una vista general de las posibles vías a seguir*, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989; REY HUIDOBRO, *La posesión y la donación de sustancias estupefacientes, en el artículo 344 del Código penal*, AP 1992; RODRÍGUEZ RAMOS, *Contrabando y/o tráfico de drogas*, AP 1989 (también en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989); TERRAGNI, *Tenencia de estupefacientes para consumo personal*, RDPC 1992; TORÍO LÓPEZ, *Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; VARIOS, *Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Comentarios a la legislación penal XII, Madrid 1990; VARIOS, *Delitos contra la salud pública*, CDJ 1992; VELÁZQUEZ, F., *El problema de la droga; ¿Legalización o represión?*, CPC 1989.

Sobre la reforma de 1992: CID CEBRIÁN, *Ley del fondo de bienes decomisados en causas por narcotráfico*, AJA 1995; CUERDA RIEZU, *La despenalización de las drogas: tres parábolas históricas y una conclusión*, JD 1994; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Tráfico de drogas: delito internacional*, RGD 1993; el mismo, *Tráfico de drogas y adecuación social. Supuestos de atipicidad en el artículo 344 del Código penal*, RGD 1996 (también en AP 1996); DÍEZ RIPOLLÉS, *Alternativas a la actual legislación sobre drogas*, CPC 1992 (publicado también, de forma reelaborada, en JD 1993); el mismo, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas*, AP 1994; FABIÁN CAPARRÓS, *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*, ADP 1993; GARCÍA VALDÉS, *Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delito provocado y el blanqueo de dinero procedente del delito*, en Delitos contra la salud pública, CDJ 1992 (también en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993); GÓMEZ INIESTA, *Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español*, en Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Estudios de Derecho penal económico, Universidad de Castilla-La Mancha 1994; GÓMEZ PAVÓN, *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC 1994; GUINARTE CABADA, *La circulación o entrega vigilada de drogas*, CPC 1995; JOSHI JUBERT, *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADP 1995; LANDROVE DÍAZ, *Tráfico de drogas y represión*, EPC 1993/1994; MAGRO SERVET, *El concepto de notoria importancia como subtipo agravado del delito de tráfico de drogas*, PJ 1994; PALMA HERRERA, *El concepto de «grave daño a la salud» en el artículo 344 del Código penal. Especial consideración del «éxtasis»*, CPC 1996; el mismo, *El «éxtasis» en el artículo 344 del Código penal: ¿Droga dura o blanda?*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; QUERALT JIMÉNEZ, *La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. (Notas a la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre)*, JD 1992; REY HUIDOBRO, *Drogas ilegales y etiología de la criminalidad*, CPC 1993; el mismo, *El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad*, AP 1994; el mismo, *La entrega vigilada de drogas: el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, RMF 1995; SCHNEIDER, *Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada*, RDPC 1993; VARIOS, *La actual política criminal sobre drogas*, Díez Ripollés/ Laurenzo Copello (coord.), Valencia 1993; VARIOS, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero*, CDJ 1994; VIDALES RODRÍGUEZ, *La última reforma del Código penal en materia de drogas (Novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992)*, RGD 1993.

Sobre el Código penal de 1995: ACALE SÁNCHEZ, *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia 2002; ALTAVA LAVALL, *La tipificación del delito de narcotráfico. Su tratamiento en el nuevo Código penal de 1995*, BIMJ 1997; AMBOS/ DOVAL/ CORNILS/ VAN DE REYT, *El tratamiento legal de los correos de drogas en Alemania, Dinamarca, los Paises Bajos y España*, RDPC 1998; BOLDOVA PASAMAR, *Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el Derecho español*, AP 2000; CAMPOS CRISTÓBAL, *Comentario de la sentencia 1-12-97 (T.S. Sala Segunda). Tráfico de drogas y contrabando*, RCP 1998; CAMPOS CRISTÓBAL/ MARTÍNEZ GARAY, *Concurso de normas entre contrabando y tráfico de drogas: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1997*, RGD 1998; CASTELLÓ NICÁS, *La nueva jurisprudencia del TS sobre la relación concursal entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando*, BIMJ 1998; DE URBANO CASTILLO, *¿Irrelevancia penal del tráfico de drogas, en cantidad «insignificante»?*, La Ley 2001; DELGADO MARTÍN, *La entrega vigilada de drogas u otro elemento ilíci-*

to, La Ley 2000; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del arrepentido*, La Ley 1996; ESCUDERO MORATALLA/ FRIGOLA VALLINA/ GANZENMÜLLER, *Delitos contra la salud pública, II Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*, Barcelona 1997; el mismo, *El objeto del delito contenido en el artículo 368 del Código penal*, AP 1998; el mismo, *La nueva figura del traficante arrepentido y confeso. Breve examen del artículo 376 del Código penal*, RGD 1998; el mismo, *El comiso. Examen del artículo 373 del Código penal*, RGD 1998; FARALDO CABANA, *El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas*, Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña 1998; GARCÍA GARCÍA, *Posesión de drogas y tratamiento penal del consumidor-traficante*, CPC 1996; GARCÍA RIVAS, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas*, RP 1998; GARCÍA VALDÉS, *El agente provocador en el tráfico de drogas*, Madrid 1996; GARZÓN/ MEGÍAS, *Narco. El tráfico de drogas como instrumento del crimen organizado. La presencia de las drogas: razones, riesgos y límites*, Barcelona-Valencia 1997; JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I*, Barcelona 1999; MAQUEDA ABREU, *Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas*, La Ley 1998; MARTÍNEZ BOLUDA, *Análisis jurídico del delito de tráfico de drogas*, RGD 1996; MARTINOT, *Tráfico de drogas y blanqueo de dinero, ¿una Política Criminal Europea?*, AP 1997; MORILLAS CUEVA (coord.), *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Madrid 2003; REQUEJO CONDE, *Consideraciones jurídico-penales sobre el concepto de «cantidad de notoria importancia» y «conductas de extrema gravedad» en el delito de tráfico de anfetaminas*, AP 1999; REY HUIDROBO, *La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas*, La Ley 1996; SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Madrid 2000; SILVA SÁNCHEZ, *Tráfico de drogas y contrabando. Una nota sobre la modificación de la doctrina del Tribunal Supremo*, La Ley 1997; SOTO NIETO, *Apertura de paquetes postales. Entrega vigilada de drogas*, La Ley 1996; el mismo, *Tráfico e importación ilegal de drogas. Nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, La Ley 1998; VARIOS, *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Soriano Soriano (dir.), CDJ, 2000; ZAMORA/ VÁSQUEZ ALBERT, *Tráfico de sustancias psicotrópicas, drogas tóxicas y estupefacientes. Los artículos 368 y 369.3 del Código penal de 1995*, CJ 1996.

La bibliografía sobre el tema, incluso limitándose a la puramente jurídico-penal, es inabarcable y mucho más si se tiene en cuenta la bibliografía extranjera. Además de las obras citadas deben tenerse en cuenta varias colectivas en las que se aborda monográficamente el tema desde puntos de vista jurídicos, político-criminales y criminológicos tales como: *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, Valencia 1987; *La problemática de la droga en España*, Madrid 1986; *Drogas: aspectos jurídicos y medicolegales*, Palma de Mallorca 1986; *El libro blanco sobre las drogodependencias en Euskadi*, Vitoria-Gasteiz; Comentarios a la legislación penal, tomo XII, etc. También desde el punto de vista despenalizador y proponiendo un cambio de la actual política criminal, las diversas contribuciones en el libro colectivo: *La actual política criminal sobre drogas*, Valencia 1993.

Sobre el blanqueo de bienes, véase además la bibliografía en capítulo XXIII.

I. En el Código penal de 1995 los delitos relativos al tráfico de drogas se regulan en el Capítulo III del Título XVII, es decir, como «delitos contra la salud pública» dentro del concepto más amplio de «delitos contra la seguridad colectiva». La actual regulación procede de la reforma operada en el Código penal anterior por la *Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas*, una ley en la que el aumento en la gravedad de las penas y la mayor ampliación del campo de intervención del Derecho penal apenas se vieron compensadas con la tímida oferta rehabilitadora en el ámbito de la suspensión condicional de la pena y una mayor incidencia en el control de los beneficios económicos que estos delitos reportan. Estas características, con leves modificaciones, se mantienen en el Código penal de 1995, que, sin embargo, da un tratamiento autónomo al «blanqueo de bienes» que en el Código penal anterior se castigaba sólo en relación con el tráfico de drogas y que ahora se regula de un modo general en relación con cualquier delito como un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico (cfr. *supra* capítulo XXIII y arts. 301 y ss.). Por lo demás el Código penal de 1995, igual que el anterior tras las últimas reformas de 1992, ofrece en su articulado una extensa regulación del «Derecho penal del tráfico de drogas», cuyas particularidades más importantes se exponen a continuación.

Consideraciones político-criminales

Debe tenerse en cuenta que la frecuencia de este tipo de delitos ha provocado una jurisprudencia abundantísima, vinculada y condicionada por las particularidades del caso concreto, en todo caso bastante contradictoria y difícil de comprender con criterios puramente dogmáticos (véase, a pesar de todo, el intento de reconstrucción dogmática de la misma que hace JOSHI JUBERT, 1999, en cuya exposición se ven claramente las dificultades de la empresa; también MAQUEDA ABREU, 1998, intenta reconducir esa jurisprudencia a una interpretación teleológica, aunque reconoce que, al final, son el drogadicto y las minorías marginales las que están pagando el coste social de la estrategia represiva que caracteriza la actual política criminal y legislación penal en la materia). Un cambio de orientación en esta estrategia no parece vislumbrarse a corto plazo, por lo que lo único que se puede hacer en este ámbito es ofrecer unas pautas de interpretación lo más seguras y racionales posibles, respetando los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho, aun a sabiendas de que esto favorece muchas veces la impunidad de los grandes narcotraficantes y no sirve para solucionar el problema de los drogodependientes, ni de los marginales sociales que han hecho del tráfico a pequeña escala su principal o único medio de vida y que son

los que pueblan los centros penitenciarios de todo el mundo (sobre propuestas despenalizadoras y el consiguiente control y legalización de las drogas por parte del Estado, véanse DÍEZ RIPOLLÉS, 1992, y MUÑOZ CONDE/ AUNIÓN ACOSTA; y VARIOS, 1993).

I. Tipo básico

Art. 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».

Tipo objetivo

1. Básico para la interpretación del precepto es el concepto de «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

A la luz de las diversas declaraciones de la Organización Mundial de la Salud, se puede entender por droga la sustancia, natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca en las personas: 1º) el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (*dependencia psíquica*), 2º) la tendencia a aumentar la dosis (*tolerancia*) y 3º) la *dependencia física* u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia. El mismo concepto es aplicable a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que sólo difieren en cuanto a la forma en que actúan (véase Convenio de Nueva York de 1961 y de Viena de 1971).

Este concepto médico es indudablemente importante para entender la referencia a la droga en el art. 368, ya que al estar situado entre los «delitos contra la salud pública», son los criterios médicos o sanitarios los que deben decidir el ámbito de prohibición de dicho precepto. Sin embargo, de la lectura de las listas anejas al Convenio de 1961 se deduce que no son sólo los criterios médicos o sanitarios los que se tienen en cuenta a la hora de decidir cuáles son las sustancias cuyo tráfico debe ser prohibido. Y así, por ejemplo, se incluyen en dichas listas sustancias que desde el punto de vista estrictamente médico no tienen las características antes aludidas (cannabis y sus derivados) o que, en todo caso, no son más nocivas que otras cuyo consumo y

tráfico es legal o incluso fomentado públicamente (alcohol, tabaco). A pesar de ello, un sector de la doctrina y unánimemente la jurisprudencia consideran que el concepto de «droga tóxica o estupefaciente» viene determinado por los Convenios internacionales ratificados por España. Así, por ejemplo, decía ya la STS de 16 de octubre de 1973 en relación con la conceptuación como droga del cannabis o hachís: «Hay que comprender todas las sustancias obtenidas de la planta conocida por el nombre de «cannabis índica» o por el más vulgarizado en España, y Méjico y demás países hispanoamericanos, de «marihuana» o «marijuana», *por hallarse incluidas en la lista I anexa al Convenio único de las Naciones Unidas*» (en el mismo sentido SSTS 17 mayo 1994 y 12 febrero 1996, que añaden referencias a otros Convenios posteriores como el de Viena de 1971, o el Protocolo de Ginebra de 1972).

Contra esta postura se pueden esgrimir varios argumentos de índole dogmática y político-criminal. En primer lugar, que las listas del Convenio de 1961, a las que se alude en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se acaba de citar, no tienen carácter ejecutivo, sino meramente indicativo. En segundo lugar, que, en todo caso, el art. 368 y demás artículos dedicados a la regulación de este tema en el Código penal no están estructurados como una norma penal en blanco cuyo contenido prohibitivo se determine por la remisión a un ámbito extrapenal, sino como delitos autónomos cuyo supuesto de hecho debe determinarse en función de criterios meramente penales como el del bien jurídico protegido y el de su ubicación sistemática entre los delitos «contra la salud pública». Si los arts. 368 y ss. son delitos contra la salud pública, está claro que sólo las sustancias nocivas a la misma pueden estar incluidas en su ámbito de prohibición. No voy a entrar ahora en la cuestión de la nocividad de la marihuana en abstracto o de su nocividad en relación con otras sustancias legales quizás más nocivas. Lo que en todo caso hay que destacar es que su inclusión en los delitos que aquí se estudian dependerá de criterios jurídico-penales y político-criminales distintos a los puramente administrativos o jurídico-internacionales. Y desde este punto de vista político-criminal parece evidente que no se pueden tratar con el mismo rasero, en relación con la salud pública, el tráfico de sustancias tan dispares en su nocividad como la heroína y la marihuana. Por eso, desde el punto de vista del Derecho penal sería conveniente la elaboración de un concepto penal de droga tóxica o estupefaciente que por lo menos evite el automatismo con que se considera reiteradamente que algunas sustan-

cias tienen este carácter simplemente por su inclusión en los Convenios internacionales, sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto ni el bien jurídico protegido en este delito y en todo el Capítulo: la salud pública (de esta opinión BERISTAIN, en VARIOS, p. 60; CÓRDOBA RODA, pp. 20 ss.; más recientemente se pronuncia también a favor de esta tesis, tras un estudio exhaustivo de la jurisprudencia, JOSHI JUBERT, 1999, p. 61). Sin embargo, en la práctica es difícil establecer este concepto penal objetivo de droga, porque la nocividad de una sustancia depende de las más variadas circunstancias (personales, ambientales, etc.) y porque, por otra parte, los Convenios internacionales han venido determinando la legislación interna de los países que los han ratificado, como es el caso de España. No obstante, a pesar del criterio predominantemente represivo y prohibicionista que existe hoy a nivel nacional e internacional en el ámbito jurídico y político-criminal, deben utilizarse en la regulación de este problema, que ha devenido como uno de los más graves con los que se enfrentan las sociedades modernas, criterios distintos a los puramente represivos, o por lo menos más matizados, diferenciando, por ejemplo, los niveles de represión punitiva según la clase de droga, o proponiendo por ejemplo que el tráfico de sustancias que no causen grave daño a la salud, o que, en todo caso, no causen objetivamente más daños que otras de tráfico legal, quede excluido del ámbito del Derecho penal y sometido a un régimen de control administrativo. (A favor de la tesis del texto DÍEZ RIPOLLÉS, 1989, quien además introduce el debate sobre la posible despenalización y legalización controlada. Un resumen de las distintas opiniones ofrece LORENZO SALGADO, 1983, pp. 106 ss. JOSHI JUBERT, 1999, pp. 61 ss., propone un *concepto base médico-farmacológico dentro de la legalidad vigente, orientado a las finalidades del Derecho penal*, caracterizado por los trastornos físicos y psíquicos, bien por consumo —dependencia, abuso— bien inducidos por sustancias —intoxicación, abstinencia, delirium, demencia y otros—).

La remisión a la normativa extrapenal puede plantear, además, lagunas de punibilidad en relación con el descubrimiento de nuevas drogas que no se encuentren mencionadas en las listas de los Convenios internacionales ratificados por España, que, sin embargo, no habría ningún inconveniente en incluir en el art. 368, si afectan a la salud pública, con un *concepto penal de droga*.

2. La necesidad de este concepto penal autónomo de droga se demuestra además a la hora de interpretar cuáles son las sustancias o productos que causan grave daño a la salud y cuáles no, ya que la pena

del tipo básico se distingue en función de este criterio, que, sin embargo, es desconocido en los Convenios internacionales. Parece, desde luego, evidente que desde el punto de vista de la salud pública, bien jurídico protegido, no deben tratarse igual las drogas gravemente nocivas y las que no lo son tanto. Ciertamente, es difícil clasificar *a priori* una sustancia en uno u otro grupo, pero, en principio, parece evidente que no pueden medirse con el mismo rasero sustancias tan dispares desde el punto de vista de su nocividad como los derivados del cannabis (hachís) y los derivados del opio (heroína). La nocividad de la droga en cuestión constituye, pues, un elemento del tipo que tiene que ser determinado con ayuda de criterios médicos y farmacológicos y no por remisión a Convenios internacionales.

> Tras la inclusión de este criterio en la reforma de 1983, la jurisprudencia ha ido matizando en cuál de cada uno de estos grupos se deben incluir las drogas cuyo uso y tráfico es más frecuente en España. Así, por ej., se considera unánimemente droga gravemente nociva la *heroína* (SSTS 13 octubre, 11 noviembre y 16 diciembre 1986), y con la misma unanimidad se considera que no es tan nociva para la salud el *hachís* (SSTS 25 octubre y 21 noviembre 1986). También se consideran gravemente nocivas para la salud el *LSD* (STS 20 noviembre 1984), la *anfetamina* (Bustaid, STS 8 julio 1985), el *éxtasis* (STS 18 mayo 1995; cfr. también STS 1 junio 1994 y comentario a la misma de SEQUEROS SAZATORNIL, AJA 1996; y JOSHI JUBERT, 1999, pp. 78 s.), la *centramina* (STS 18 noviembre 1996), los *barbitúricos*, especialmente el llamado Rohipnol (STS 29 septiembre 1997; sin embargo, en la Junta General de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1998 se acuerda considerar que este fármaco debe incluirse entre los que no producen grave daño a la salud; cfr. GRANADOS, Acuerdos, pp. 114 ss.) y la *cocaína* (STS 21 marzo 1986; véase también Circular de la Fiscalía General 1/1984, y la extensa relación de JOSHI JUBERT, 1999, pp. 74 ss.).

En general, la doctrina ha considerado justa esta diferenciación, aunque se le achaque una cierta indeterminación, inevitable dada la dificultad de delimitación del objeto material. La diferenciación se corresponde, *grosso modo*, con la de *droga dura* y *droga blanda*, terminología utilizada también por el Tribunal Supremo, y aunque se dice que todas las drogas son igualmente nocivas, pues las blandas son drogas de paso a las duras, lo cierto es que, de un modo u otro, la diversa gravedad de la droga se traduce en una diversa gravedad de la pena en la praxis jurisprudencial de todos los países, aunque sus respectivas legislaciones no reconozcan la diferencia.

3. En relación con las *conductas típicas*, el centro de gravedad recae en que los «actos de cultivo, elaboración o tráfico», o cuales-

quiera otros («o de otro modo»), «promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal».

Con esta redacción, introducida ya en el Código penal anterior con la reforma de 1988, el ámbito de los comportamientos prohibidos se amplía desmesuradamente. Con ello se confirma la tendencia a una intervención omnicomprensiva de lo que se ha dado en llamar «ciclo de la droga», es decir, a la penalización de todo comportamiento que suponga una contribución, por mínima que sea, a su consumo. Con la actual regulación ya no puede dudarse de que conductas tales como la «donación» o la «invitación a consumir» entran en el ámbito de lo típico, sin tener que incluirlas en el concepto de tráfico, como se hacía necesario con la redacción anterior a la reforma de 1988 (véase MUÑOZ CONDE, 6ª ed., p. 429; STS 24 septiembre 1984 y Circular de la Fiscalía del Estado de 4 de junio 1984, ADP 1984, pp. 357 ss.). Una interpretación amplia de la expresión «promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal» permite también incluir en el ámbito del art. 368 la propaganda de estupefacientes o el prestar o dar dinero a alguien para que pueda adquirir para el propio consumo (cfr. *infra* art. 371). La expresión «o de otro modo» ya no restringe el ámbito típico a los actos de cultivo, fabricación o tráfico de la droga misma, sino que la amplía a cualquier otro acto que signifique promoción, favorecimiento o facilitación de su consumo ilegal. A pesar de ello MAQUEDA ABREU (1998, p. 4) observa en la jurisprudencia más reciente una cierta tendencia a la interpretación restrictiva en base al principio de proporcionalidad que atempera la excesiva amplitud de estos conceptos, excluyéndose, además del autoconsumo, las adecuadas socialmente o las que no tienen capacidad de expansión (cfr. STS 22 enero 1997).

El resultado de esta extensión desmesurada del tipo es que se consideran como delitos consumados lo que en puridad de principio serían formas imperfectas de ejecución o incluso simples actos preparatorios, y como autoría lo que conforme a los principios generales son actos de complicidad (véase *infra*).

Los límites entre infracción criminal y comportamiento penalmente irrelevante por atípico quedan así muy difuminados y se corre el riesgo de hacer intervenir al Derecho penal en estadios muy alejados de la simple puesta en peligro del bien jurídico protegido. Este peligro aumenta si se tiene en cuenta que en la lucha contra este tipo de criminalidad se emplean medios de dudosa legalidad como la figura del «agente provocador» o agentes policiales infiltrados que intervienen precisamente en momentos de dudosa punibilidad, acelerando o facilitando la comisión del comportamiento delictivo para de este modo obtener las pruebas suficientes para la condena en el proceso penal, lo que puede incluso tener un efecto criminógeno (cfr. STS 15 noviembre 1984, que apreció en un caso de este tipo una circunstancia atenuante en favor de unos pequeños traficantes inducidos de esta forma por agentes policiales a realizar actos de tráfico; véanse GARCÍA VALDÉS, 1996, p. 238; JOSHI JUBERT, 1999, pp. 288 ss.; y MAQUEDA ABREU, 1998, p. 5).

Esta tendencia a la intervención omnicomprensiva conduce necesariamente a una política penal y policial autoritaria compensada de algún modo con una mayor permisibilidad social de comportamientos en sí típicos, pero que son frecuentes en muchas zonas de las grandes ciudades sin que se produzcan intervenciones importantes de la policía, salvo en algunos casos de redadas espectaculares bien aireadas por los medios de comunicación, que producen más un efecto propagandístico de la acción policial que una disminución efectiva del problema.

También se produce una ampliación del concepto de «posesión» que ya no va referida, como en la situación anterior, sólo al tráfico, sino a los fines («aquellos fines») que, en definitiva, serán todos los que de cualquier modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal.

En todo caso, está claramente excluida en el art. 368 la tenencia para el consumo. Sin embargo, es difícil saber cuándo la tenencia es para el consumo propio y cuándo para el tráfico, sobre todo si se tiene en cuenta que el consumidor es muchas veces pequeño traficante, porque sólo así puede obtener la droga que necesita. Con ello pueden caer dentro del ámbito del art. 368 personas más necesitadas de tratamiento que de castigo, aunque luego se pueda paliar algo esto con una aplicación más generosa de la suspensión condicional de la pena prevista en el art. 87. Normalmente la posesión por el no consumidor de cantidades que excedan de las normales para el consumo se considera posesión para el tráfico (cfr. Circular cit., p. 556). Pero quizás fuera conveniente, por razones de seguridad jurídica, introducir un criterio de «mínima cuantía» a establecer en función de la dosis media que requiere un toxicómano diariamente o cada tres días (en este sentido ARROYO ZAPATERO, p. 28). Tampoco se considera típico el consumo compartido, por más que literalmente pueda entenderse como un favorecimiento mutuo y, por tanto, subsumirse en el art. 368 (cfr. SSTS 23 marzo 1991; 25 junio 1993: «siempre que las cantidades

disponibles por los copartícipes no rebasen los límites de un consumo normal e inmediato, y no medie contraprestación remuneratoria alguna por parte de los drogodependientes»). Más discutibles son algunas formas de posesión compartida en el ámbito de la convivencia familiar, que muchas veces están entre la coautoría y el encubrimiento (impune) entre parientes, tratándose más de un problema de valoración de la prueba que de calificación dogmática (cfr. STS 25 enero 1995, condenatoria; y STS 21 marzo 1995, absolutoria).

Tipo subjetivo

Junto a la conciencia del carácter nocivo para la salud de la sustancia (es suficiente con una valoración paralela en la esfera del profano) es preciso que se quiera promover, favorecer o facilitar el consumo «ilegal» de terceras personas. Si la intención es la de favorecer el consumo propio falta el dolo.

El error sobre el carácter nocivo de la sustancia en cuestión puede considerarse como un error sobre un elemento integrante de la infracción penal que, en su caso, determinaría la exclusión del comportamiento del ámbito del Derecho penal, aunque en la práctica no se hace uso de tal posibilidad. También puede suceder que el sujeto no sepa que la sustancia que por ejemplo transporta o entrega a un tercero es una de las incluidas en el art. 368, o que crea que se trata de un paquete de te o de café.

El error sobre el carácter prohibido de la sustancia determina, en cambio, un error de prohibición. En todo caso, en esta materia la jurisprudencia es bastante parca en dar relevancia al error en cualquiera de sus formas.

Tentativa y consumación

La jurisprudencia configura el delito previsto en el art. 368 como un delito de peligro abstracto hipotético que requiere la potencialidad de la conducta para crear un peligro al bien jurídico (así STS 20 febrero 1985), y como un delito de consumación anticipada, por lo que generalmente no aprecia las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, la STS de 4 de febrero de 1985 consideró que había tentativa al ser los individuos detenidos en el portal del edificio donde se realizaba el tráfico. En un caso parecido, la STS de 3 de junio de 1986 argumenta además con la idea de que en estos casos la compraventa

que subyace al tráfico no se ha consumado de un modo efectivo. La STS de 21 de junio de 1987, siguiendo el mismo esquema interpretativo de la figura de la compraventa, considera perfeccionada la compraventa cuando comprador y vendedor convienen en la cosa objeto del contrato y en el precio —art. 1450 Cc—, aunque ni la una ni el otro se hubiesen entregado (véanse STS 15 marzo 1989 y comentario de Luzón Peña, 1990; y SSTS 12 febrero y 4 noviembre 1997).

Este paralelismo entre compraventa y tráfico no me parece convincente, sobre todo si se tiene en cuenta que el ámbito de los comportamientos típicos no se reduce sólo al tráfico y que éste no se reduce sólo a la compraventa. Por eso me parece mejor acudir a un criterio objetivo material específicamente penal combinándolo con otro formal en atención a la propia descripción típica de los comportamientos. Así, hechos como el ser sorprendido antes de recibir la droga deben estimarse como tentativa ya que la cadena o ciclo de tráfico, favorecimiento, etc., queda interrumpido, no habiendo siquiera la posibilidad de poder continuarlo (por ej. ser detenido en el aeropuerto antes o justo en el momento de encontrarse con el pasajero que transporta la droga).

Autoría y complicidad

La amplitud en la redacción del tipo básico permite extender el círculo de posibles sujetos activos de este delito a todos cuantos intervengan con actos que puedan calificarse de «cultivo, fabricación 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». En realidad, el art. 368 incorpora un «*concepto unitario de autor*», conforme al cual se califica de tal a todo el que contribuya causalmente de algún modo a la realización del delito.

Sin embargo, del mismo modo que el art. 28 del Código penal permite además extender la cualidad de autores a los inductores y cooperadores necesarios y al amparo de esta equiparación se han considerado autores por el Tribunal Supremo al intermediario (STS 26 octubre 1987) y al donante (STS 19 enero 1985), nada impide, en correcta aplicación de los criterios legales, apreciar complicidad en casos de cooperación no necesaria (art. 29) tales como, en principio, indicar dónde se puede adquirir droga o prestar dinero para conseguirla; el único problema será, igual que en cualquier otro delito, la dificultad de distinguir entre cooperación necesaria y complicidad (cfr. STS 30 mayo 1991: acompañante en el automóvil donde se transporta

la droga, cómplice; STS 30 junio 1993: vigilante en la puerta del local donde se vende la droga, autor). En el fondo, la jurisprudencia se mueve aquí más por principios de proporcionalidad y de necesidad de pena, que por consideraciones estrictamente dogmáticas (en este sentido MAQUEDA ABREU, 1998, p. 4, citando STS 14 noviembre 1997).

Concurso

Especialmente discutible ha sido durante mucho tiempo la relación concursal existente entre el art. 368 (o su equivalente en el Código penal anterior) y el delito de contrabando previsto en el art. 2,3,a) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre.

Finalmente, también la jurisprudencia ha acogido la tesis del concurso de leyes, aunque quizás de forma un tanto tajante al decir que «la supuesta lesión de la norma de contrabando queda consumida en el tráfico de drogas», cosa que no siempre sucede, pues puede ocurrir que en el caso concreto la pena del delito de contrabando sea superior, en cuyo caso ésta será la aplicable (cfr. STS 24 noviembre 1997; e *infra* capítulo XLIII: delitos de contrabando).

II. Cualificaciones de primer grado: la pena superior en grado a la del art. 368 (art. 369)

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha afectado en gran medida al sistema de cualificaciones del delito de tráfico de drogas. Tras esta reforma, establece el art. 369:

> «1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:
> 1.ª El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.
> 2.ª 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.
> 3.ª El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
> 4.ª Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.
> 5.ª 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.
> 6.ª Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.
> 7.ª Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.
> 8.ª 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.
> 9.ª El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.
> 10.ª El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas.
> 2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2.ª , 3.ª y 4.ª del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:
> 1.ª 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.
> 2.ª La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

Estas cualificaciones se pueden clasificar en función de los siguientes criterios:

1º) Por razón del *sujeto activo*, constituye motivo de agravación cuando el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio (art. 369,1,1ª; cfr. *infra*: inhabilitaciones) y cuando perteneciere a una organización o asociación, bien dedicada al tráfico de drogas (art. 369,1,2ª; cfr. *infra* cualificaciones de 2º grado) bien a otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 369,1,3ª).

2º) Por razón del *sujeto pasivo o perjudicado*, constituye motivo de agravación el que la droga se facilite a menores de dieciocho años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación (art. 369,1,5ª). Esta cualificación sólo será aplicable al propio sujeto activo que las difunda entre estas personas, aunque también puede apreciarse en el intermediario que conozca esta circunstancia. La referencia a las personas sometidas a tratamiento de deshabituación podría ser innecesaria si se estima en el

caso concreto un posible delito contra la salud individual (lesiones) del sujeto sometido a tratamiento, cuyo estado se agrava como consecuencia de haber vuelto a ingerir la droga.

3º) Por razón del *lugar*, se agrava el tipo básico cuando los hechos se realicen en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos (art. 369,1,4ª) o en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación, *o en sus proximidades* (art. 369,1,8ª).

4º) Por razón del *objeto material* es, en principio, motivo de agravación la *adulteración* de la droga (art. 369,1,7ª), aunque lógicamente habrá que excluir de esta agravación aquellas mezclas o manipulaciones necesarias para el consumo, ya que, en algunas ocasiones, por ejemplo en las llamadas *sobredosis*, el daño, incluso letal, se produce precisamente por suministrar la heroína pura o con más pureza de lo habitual. Si a consecuencia de la adulteración se produce la muerte o lesiones graves del consumidor será aplicable el correspondiente concurso de delitos.

También puede incluirse en este grupo otra agravación, que presenta todavía mayores dificultades de interpretación: la *notoria importancia* de la droga (art. 369,1,6ª). Introducida en la reforma de 1983, siguiendo el ejemplo de otras muchas legislaciones, ha presentado especiales dificultades interpretativas en la praxis jurisprudencial. El criterio rector para la interpretación de esta cualificación debe ser el bien jurídico protegido y no una simple cantidad numérica. La Circular de la Fiscalía General de 4 de junio de 1984 combina los criterios de nocividad con los de cantidad de droga y lo mismo viene haciendo el Tribunal Supremo (cfr. STS 10 abril 1987), pero aun así las sentencias varían bastante en relación con un mismo producto.

> Para uniformar los criterios, la Sala del Tribunal Supremo, en un acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001, ha decidido que la cualificación de notoria importancia se determina «a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre del 2001», teniendo en cuenta, para su concreción, «exclusivamente... la sustancia base o tóxica, esto es, reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados». Así, por ejemplo, si el consumo medio de cocaína para un adicto es de 1,5 grs. (cantidad cuya tenencia, por tanto, para el propio consumo sería impune), la cualificación de notoria importancia sería esa cantidad multiplicada por 500, es decir, 750 grs. De acuerdo con ello, las cantidades que se consideran de «notoria importancia» quedan fijadas, en atención a la diversa nocividad de las drogas (cuya nomenclatura científica no suele coincidir con el nombre comercial o con el popular), como sigue: I. Opiáceos y sustancias relacionadas: heroína: 300 grs.; morfina y sus derivados:1 kg.; metadona: 120 grs.; buprenorfina: 1,2 grs.; dextropropoxifeno: 300 grs.; pentazocina: 180 grs.; fentanilo: 50 mgrs.; dihidrocodeina: 180 grs.; levoacetil-metadol: 90 grs.; petidina: 150 grs.; tiramadol: 200 grs. II. Derivados de la cocaína: clorhidrato de caocaína: 750 grs. III. Fenetilaminas de anillo sustituido: MDA (píldora del amor) y MDMA (éxtasis): 240 grs. IV. Derivados de cannabis: marihuana: 10 kg.; hachís: 2,5 kg.; aceite de hachís: 300 grs.; LSD: 300 grs. V. Derrivados de la fenilrtilamina: sulfato de anfetamina: 90 grs. VI. Hipnóticos y sedantes, diversos productos como el alprozolam, rohipnol o el trankimazin: 5 grs.; tranxilium: 75 grs., etc.
>
> En realidad, este listado se hace para acabar con la inseguridad jurídica que generaba la anterior jurisprudencia (véase, al respecto, MUÑOZ CONDE, 12ª/13ª ed., p. 638), pero tiene el inconveniente de que imputa esta agravación con criterios puramente objetivos, que no dejan prácticamente margen al error del sujeto traficante. En todo caso, las cantidades son ya lo suficientemente relevantes como para que el marco penal de 9 a 13 años y medio de prisión, que procede por aplicación de esta cuallificación en los casos de drogas que causan grave daño a la salud, se ajuste más a la gravedad de la conducta que los criterios seguidos por la jurisprudencia anterior, que aplicaba ya esta agravación en caso de cantidades que no llegaban ni siquiera a la mitad de las que actualmente se señalan (véase, al respecto, MUÑOZ CONDE, 12ª/13ª ed., p. 638, y GRANADOS, Acuerdos, pp. 118 ss.; cfr. también STS 8 noviembre 2001, en la que se aplica ya este nuevo criterio jurisprudencial).

5º) La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido dos circunstancias cualificantes al art. 369. De un lado, el número 9 del art. 369,1 se refiere al caso en que se emplee violencia o se exhiban o usen armas para cometer el hecho. De otro lado, la circunstancia 10ª contempla el introducir o sacar ilegalmente la droga del territorio nacional, o el favorecer la realización de dichas conductas.

El segundo apartado del art. 369 prevé, para los casos comprendidos en las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del apartado anterior, la posibilidad de imponer a la organización, asociación o al titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga, el comiso y alguna consecuencia accesoria, incluida la pérdida de beneficios fiscales o de la seguridad social.

III. Cualificaciones de segundo grado: la pena superior en uno o dos grados a la del art. 368 (art. 370)

Se trata de una cualificación especial, que permite elevar las penas del art. 368 en uno o dos grados.

> Art. 370: «Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:
> 1.° Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
> 2.° Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior.
> 3.° Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.
> Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internaciones dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.
> En los supuestos de los anteriores números 2.° y 3.° se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito».

Con el catálogo de las cualificaciones previstas en el art. 369, que permiten elevar las penas del tipo básico, ya de por sí bastante elevadas, a unos límites verdaderamente importantes, no ha quedado satisfecho el afán preventivo intimidatorio del legislador en esta materia. Previendo que las conductas fueran «de extrema gravedad», es decir, de una gravedad mayor que las previstas en el artículo 369 y especialmente persiguiendo la sanción ejemplar de los auténticos motores y cerebros de las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, permite elevar hasta en dos grados las penas previstas en el art. 368. Desde luego, a la vista de la magnitud que pueden alcanzar las penas en estos casos, además de las inhabilitaciones, medidas de clausura de establecimientos, comiso, etc., nadie puede acusar a la actual legislación de suave y permisiva con los grandes traficantes de drogas.

Tras la reforma de noviembre de 2003, tres son los supuestos que integran esta cualificación de segundo grado:

1º) Utilizar a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos. Esta cualificación se incluía antes de la reforma de 2003 en el art. 369 (cualificación de primer grado), pero referida sólo a la utilización de menores de 16 años. Se aplica tanto si los menores utilizados son conscientes de lo que realizan, como si no.

2º) Jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2ª y 3ª del art. 369,1 (las dedicadas al tráfico de drogas o a otras actividades organizadas). El concepto de «organización» que sirve de base a la cualificación es bastante impreciso. Como decía la STS 24 septiembre 1985, el concepto de organización requiere un mínimo de estabilidad, distribución de papeles y jerarquización que difícilmente se pueden probar en el caso concreto (véase STS 21 mayo 1997; y Joshi Jubert, 1995, pp. 657 ss.). Se habla de «cárteles» (como el famoso de Medellín en Colombia) y se dan nombres de personas en la prensa que, al parecer, pertenecen a esos cárteles, pero ¿cómo se prueba la existencia de esas organizaciones y, sobre todo, el puesto que ocupan dentro de ellas determinadas personas? Quizás, por eso, el art. 3691,2ª considera que la organización puede tener incluso un carácter transitorio y la actividad de tráfico ser meramente ocasional, pero con ello se amplía el concepto hasta unos límites rayanos en la indeterminación y, en algunos casos, no tan graves, podrían imponerse penas excesivas por este concepto. Ciertamente no es lo mismo la organización internacional con amplias ramificaciones en todo el mundo que la banda que controla un barrio de una gran ciudad. Las posibilidades agravatorias que ofrece este precepto deben ser aplicadas, por tanto, con gran cautela por los Tribunales.

3º) Tampoco ofrecía una gran precisión antes de la reforma de 2003 la otra alternativa de esta cualificación de segundo grado, pues el art. 370 se limitaba a referirse a los casos de «extrema gravedad». La doctrina ya había puesto de manifiesto que un aumento tan sensible de pena sin mayores precisiones por parte del legislador podía ser incluso contrario al principio de legalidad. Por su parte, la jurisprudencia había venido aplicando esta cualificación basándose como criterios fundamentadores en la cantidad y calidad de la droga (STS 6 junio 1997) o el uso de elementos especialmente preparados o que evidenciasen una especial destreza por parte de los intervinientes (STS 7 diciembre 1996; Maqueda Abreu, 1998, p. 6). Tras la reforma de 2003, el art. 370 aclara ahora, acogiendo en parte esa interpretación jurisprudencial, qué ha de entenderse por extrema gravedad: los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 exceda notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, cuando se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas o se trate de redes internaciones dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

El último párrafo del art. 370 prevé la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de la droga en los supuestos de los números 2º y 3º.

IV. Tráfico de precursores (art. 371)

> El art. 371 dice: «1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.
> 2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369,2».

Este precepto introduce, para dar cumplimiento a los Tratados internacionales, la tipificación autónoma del tráfico de determinadas sustancias (ácido lisérgico, efedrina, ergometrina, acetona, ácido autranílico, fenilacético, etc., o, en su caso, sus respectivas sales), siempre que, obviamente, sea *a sabiendas* de que van a utilizarse para la fabricación de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, lo que plantea especiales dificultades probatorias, ya que la tenencia o elaboración en sí de esas sustancias carece de trascendencia penal.

V. Inhabilitación especial y absoluta (art. 372)

> Art. 372: «Si los hechos previstos en este capítulo 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, en el ejercicio de su cargo.
> A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes».

Como ya hemos visto, la cualidad del sujeto activo determina una cualificación de primer grado en el art. 369,1,1ª. En el párrafo 2º del art. 372 se especifica qué se entiende por facultativos (médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes). Tanto a éstos como al empresario, intermediario en el sector financiero, funcionario público, trabajador social, docente o educador, se les impone, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial, siempre que los hechos fueren realizados en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. Si los hechos fueren realizados por autoridad o agentes de la misma se impondrá la pena de inhabilitación absoluta.

VI. Regla para la determinación de la multa (art. 377)

> Art. 377: «Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 a 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener».

El art. 377 contiene una regla para la determinación de la cuantía de las multas dentro de los márgenes que correspondan en el grado correspondiente a la gravedad del delito. Es decir, en primer lugar se procederá a determinar el grado, dentro de los márgenes previstos en el art. 368 o, en su caso, en los arts. 369 y 370, correspondiente conforme a lo dispuesto en el art. 52 del Código penal. Sólo entonces podrá utilizarse el criterio establecido en el art. 377 («valor económico final del producto o, en su caso, el de la recompensa o ganancia obtenida o a obtener») para determinar la cuantía concreta dentro del grado correspondiente.

En este caso la pena de multa funciona más bien como una confiscación o privación de las ventajas económicas conseguidas ilícitamente. El procedimiento ha sido utilizado ya en otros delitos como el cohe-

cho (arts. 419 y ss.). Pero, al permitir el art. 374 también el comiso de las ganancias obtenidas del delito (véase *infra*), se plantea el problema de si ambas sanciones pueden aplicarse conjuntamente cuando recaen sobre el mismo objeto. Aunque teóricamente ello es posible, por tratarse de sanciones distintas, me parece que podría infringirse el *ne bis in idem* y producirse una situación muy parecida a la de la confiscación general de bienes.

VII. Comiso (art. 374)

Art. 374: «1. En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:
1.ª Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.
2.ª A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.
3.ª La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.
4.ª Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.
5.ª Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.
2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:
a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.
b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.
Cuando concurran estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.
El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.
3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.
4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado».

Lo más importante de este precepto es, de acuerdo con lo previsto en el art. 127, permite el comiso de las ganancias obtenidas de los delitos previstos en los artículos anteriores «cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar». La finalidad es, evidentemente, acabar con el «blanqueo» de las ganancias obtenidas con estos delitos, que normalmente se invierten en negocios legales, compra de inmuebles, etc. Sin embargo, la transformación jurídica de la titularidad y el respeto a los derechos de terceros no responsables del delito, así como las dificultades para probar que determinados bienes o negocios proceden de estas ganancias, dificultarán en gran manera la aplicación de este precepto. Al amparo de esta norma, pueden los Tribunales investigar cuentas corrientes y patrimonios, esperamos que con el mismo éxito con que Hacienda investiga la economía de los contribuyentes.

El Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acordó, en sesión de 5 de octubre de 1998, que también cabe el comiso de las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio. Este criterio ha sido seguido por la STS de 1 de abril de 1999 (véase GRANADOS, Acuerdos, p. 146).

VIII. Reincidencia internacional (art. 375)

Siguiendo ya una larga tradición, que igual se da en relación con otros delitos como la fabricación de moneda (art. 388) y los relativos a la prostitución (art. 190), se considera en el art. 375 que las sentencias de los Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza producirán efectos en orden a la apreciación de la agravante de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

IX. Punibilidad de los actos de participación intentada (art. 373)

> Art. 373: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores».

X. Atenuación de la pena para arrepentidos y colaboradores y drogodependientes (art. 376)

> Art. 376: «En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.
> Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad».

XI. Responsabilidad civil (art. 378)

> Art. 378: «Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 368 a 372 se imputarán por el orden siguiente:
> 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.
> 2.º A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.
> 3.º A la multa.
> 4.º A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.
> 5.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados».

Esta distribución expresa de los pagos que deban hacerse por el condenado para afrontar las responsabilidades pecuniarias derivadas de la comisión de estos delitos refleja la preocupación por la reparación de los daños e indemnización de perjuicios que se hayan podido causar a las víctimas de estos delitos (véase la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de Bienes Decomisados por Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Relacionados). Pero también la indemnización del Estado por el importe de los gastos efectuados en la causa es una previsión importante, dado el enorme costo de las investigaciones y de los «macroprocesos» a que generalmente dan lugar estos hechos. Frente a estas prioridades ceden los pagos que también haya que hacer por otros conceptos tales como la multa y las costas procesales.

XII. La circulación o entrega vigilada de drogas

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, introduce entre otras novedades importantes la de «autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas» (art. 263 bis,1 LECrim.).

Con ello se eleva a la categoría de causa de justificación, por ejercicio legítimo de un derecho o incluso cumplimiento de un deber u obediencia debida, una conducta cuya juricidad ha sido cuestionada repetidas veces en los últimos años.

El art. 263 bis LECrim. impone determinadas precauciones que intentan evitar los abusos a los que la praxis anterior ha dado lugar, pero su redacción deja mucho que desear y el amplio margen de discreción que permite a la autoridad, policial y no sólo judicial, sigue siendo un portillo por el que se pueden colar nuevos abusos, cuando no justificar los que ya se han cometido.

Aunque, según dispone el art. 263 bis, la entrega vigilada se decidirá «*caso por caso*» y teniendo en cuenta «su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia», la propia dinámica del narcotráfico imprime a esta actividad un

riesgo que no se puede ocultar. El precepto no especifica tampoco a quién se le puede entregar la droga, ni la cantidad de la misma, ni tampoco de dónde salen las que se emplean para tal fin. El pfo. 2º de este artículo define la conducta en tales términos de abstracción que parece que las drogas «circulan por el territorio español o salgan o entren de él» por sí mismas, sin que nadie las haya puesto en circulación; pero entonces ¿por qué se habla de «entrega vigilada»?, ¿quién entrega y quién recibe?, ¿basta sólo para justificar el hecho con que se pretenda descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del delito o ayudar a autoridades extranjeras con esos mismos fines, como dice el mencionado párrafo 3, o habrá que exigir algo más? Pero lo más preocupante es que dicha circulación o entrega vigilada puede ser autorizada, además de por el Juez de Instrucción competente y el Ministerio fiscal, por los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores, es decir, por autoridades administrativas, que ni siquiera tienen obligación de dar cuenta de ello al Juez de Instrucción, si aún no existiera procedimiento judicial abierto (art. 263 bis,3), aunque no existan las razones de urgencia que, en otros ámbitos, han servido para justificar la «patada en la puerta». Algunas de estas deficiencias han sido subsanadas, en parte, por la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECrim., que obliga por ejemplo, a dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal.

La redacción del art. 263 bis LECrim. no es, desde luego, muy afortunada, pero aún menos lo es la praxis policial que pretende justificar y la filosofía política que subyace: que el Estado de Derecho es incapaz por sus propias vinculaciones de luchar contra el narcotráfico si no renuncia a sus principios básicos y que la Policía no tiene otro principio inspirador de sus actuaciones que su propia eficacia. A corto plazo ello puede reportar algunos éxitos, que a buen seguro se venderán «políticamente» muy bien a la opinión pública; pero a largo plazo también puede representar, y no hace falta ser un mago para profetizarlo, el deterioro del mismo Estado de Derecho, sin que con ello se consiga la eficacia pretendida. A lo mejor ya va siendo hora de que se cambie el rumbo político-criminal y en lugar de una legalización encubierta del tráfico de drogas, en la que la Administración de Justicia incluso figure como provocadora del mismo, se pase a un paulatino control por parte del Estado, con todas las precauciones y reservas que se quieran, pero con el decidido propósito de ayudar de verdad al drogadicto y arruinarles el negocio a los que a su costa viven.

CAPÍTULO XXIX

D) Delitos contra la seguridad del tráfico

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal:* BERISTAIN IPIÑA, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, RGLJ 1962; el mismo, *El delito de peligro por conducción temeraria*, RDCir. 1970; CAMARGO HERNÁNDEZ, *La Ley de 9 de mayo 1950, sobre uso y circulación de vehículos de motor y sus principales problemas*, ADP 1962; CEREZO MIR, *El versari in re illicita y el párrafo tercero del art. 340 bis a) del Código penal*, ADP 1970; el mismo, *Problemas fundamentales de los delitos de tráfico*, ADP 1970; CONDE PUMPIDO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la ley 3/1967*, RDCir. 1967; DE FRANCISCO LÓPEZ, *La negativa al sometimiento a la prueba de alcoholemia como delito de desobediencia grave*, en Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez I, Santander 1993; DEL ROSAL, *Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación*, ADP 1968; DOLZ LAGO, *Alcoholemias y juicios rápidos*, La Ley 1994; ESCRIVÁ GREGORI, *Acerca del art. 340 bis a) nº 2 y la norma concursal*, RJCat. 1974; GARCÍA ARÁN, *Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol*, RJCat. 1987; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Barcelona 1985; el mismo, *La Jurisprudencial Constitucional sobre la prueba de alcoholemia*, ADP 1986; el mismo, *Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 340 bis d) del Código Penal*, CPC 1989; GONZÁLEZ RUS, *Puntos negros, vías en obras y seguridad del tráfico*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; el mismo, *El art. 340 bis del Código penal*, Cuadernos de la Guardia Civil 1993; LERMA GALLEGO, *Delitos de tráfico y prevención general*, CPC 1994; LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, Barcelona 1986 (2ª edic., 1991); el mismo, *Conducción con influencia de bebidas: concurso con el delito imprudente*, PJ 1991; LUZÓN/ DE VICENTE/ DÍAZ, *¿Conductas suicidas o conductores homicidas?*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha 1989; MAZA MARTÍN, *La imprudencia y otras infracciones penales cometidas con ocasión de la circulación de vehículos de motor. Algunas cuestiones de interés judicial*, en La imprudencia, CDJ 1993; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid 1993; MORILLAS CUEVA, *La responsabilidad penal del que conduce vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, en III Jornadas nacionales de Derecho y tráfico, Granada 1988; el mismo, *Delitos contra la seguridad del tráfico*, PJ núm. especial XII, 1990; el mismo, *Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y conducción temeraria (Art. 340 bis a)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *Conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (Art. 340 bis d)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; MUÑOZ CONDE, en Muñoz Conde/ Berdugo

Gómez de la Torre/ García Arán, *La reforma penal de 1989*, Madrid 1989; MUÑOZ MEDINA, *Los delitos en materia de tráfico y su relación con la seguridad vial*, en La imprudencia, CDJ 1993; ORTS BERENGUER, *Creación de un grave riesgo para la circulación (art. 340 bis b)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *Disposición común (art. 340 bis c)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; REIG REIG, *Comentarios a los artículos 340 bis d), 424 y 487 bis*, PJ núm. especial XII, 1990; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994; RODRÍGUEZ RAMOS, *El «vehículo de motor» en el Código penal*, RDCir. 1973; el mismo, *El permiso de conducción en las leyes penales*, RGLJ 1974; SERRANO HOYO, *La nueva regulación de las pruebas de alcoholemia. Su valor probatorio en la jurisprudencia constitucional*, La Ley 1993; SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones dogmáticas y políticolegislativas sobre el fenómeno de la conducción suicida*, La Ley 1988; el mismo, *Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código penal*, RJCat. 1993; TORO ALCAIDE, *Comentarios al art. 340 bis a), párrafo 1º del Código penal*, AP 1990 (también en PJ núm. especial XII, 1990); VARGAS, *Homicidios frustrados o tentativa con dolo eventual: el supuesto de los conductores suicidas*, PJ 1989; VARIOS, *V Curso Internacional de derecho de la circulación*, Madrid 1963; VARIOS, *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Valencia 1975; ZUBIRI DE SALINAS, *Relación de causalidad e imputación objetiva en relación a delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos de motor*, en Causalidad e imputación objetiva, CDJ 1994.

Sobre el Código penal de 1995: ALONSO RIMO, *La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal*, RDPP 2003; BARRÓN DE BENITO, *Derecho penal de la circulación: delitos dolosos y seguro de suscripción obligatoria*, Madrid 1997; CAMPOS SÁNCHEZ, *Las nuevas tasas de intoxicación etílica*, Madrid 1997; CARMONA SALGADO/ MARTÍNEZ RUIZ, *De nuevo sobre la «inconstitucionalidad» del artículo 380 del Código penal, al hilo de la STC 16/1997 de 2 de octubre*, La Ley 1998; ESCUDERO MORATALLA/ FRIGOLA VALLINA/ GANZENMÜLLER, *El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad*, La Ley 1997 (también en RGD 1997); el mismo, *Delitos contra la seguridad del tráfico. En especial, otras infracciones relacionadas con vehículos o con su conducción o circulación*, AP 1997; el mismo, *Delitos contra la seguridad del tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor*, Barcelona 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto*, La Ley 1999; GIL HERNÁNDEZ, *Aproximación dogmática al bien jurídico seguridad del tráfico en el nuevo Código penal*, RMF 1997; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 3ª ed., Barcelona 1998; el mismo, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997, sobre la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 380 del Código penal*, CPC 1998; IGLESIAS RÍO/ LOZANO GARCÍA, *El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 Cp. A propósito de las SSTC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre*, BIMJ 1999; JUANATEY DORADO, *Sobre el control de la alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional*, AP 2000 (también en Homenaje a Valle, Navarra 2001); MACIÁ GÓMEZ, *Delitos y faltas relacionados con la circulación de vehículos a motor en el nuevo Código penal de 1995. Aspectos generales. La responsabilidad civil*, Barcelona 1996; MARTÍNEZ RUIZ, *Consideraciones en torno a la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia*, CJ 1996; MORENO ALCÁZAR, *Los delitos de conducción temeraria*, Valencia 2003; MORILLAS CUEVA, *La negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia legalmente establecida como delito específico de desobediencia grave*, en XIV Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico, Granada 1998; ORIOL RUSCA I NADAL, *El delito de alcoholemia y la responsabilidad civil ex delicto: una propuesta interpretativa*, La Ley 1998; RAGUÉS I VALLÉS, *Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio*, ADP 1997; SÁNCHEZ MORENO, *Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, Barcelona 1998; el mismo, *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, Barcelona 1998; TORRES TAPIA, *Sobre la imputación subjetiva en el delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás*, La Ley 2000; VAAMONDE FERNÁNDEZ, *Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: la prueba de la alcoholemia*, La Ley 1997; VARONA GÓMEZ, *La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (artículo 380 del nuevo Código penal): interpretación y límites*, AP 1996.

Los «delitos contra la seguridad del tráfico» están tipificados en el Capítulo IV del Título XVII (Delitos contra la seguridad colectiva) con una regulación muy similar a la que tenían en el anterior Código penal tras las sucesivas reformas que a lo largo de los años fueron produciéndose.

Estos delitos fueron introducidos en el anterior Código penal por la Ley de 8 de abril de 1967, ocupando la Sección 1ª del Capítulo II del Título V. Anteriormente se encontraban regulados, aunque en otros términos, en la Ley de 24 de diciembre de 1962. Su inclusión en el Código penal dio carta de naturaleza al tratamiento de la delincuencia de tráfico como delincuencia común, privándole de ese carácter de delincuencia menor o incluso «de caballeros» que originariamente se le atribuyó. La importancia creciente del vehículo de motor como medio de transporte y el consiguiente aumento del parque automovilístico requerían, sin embargo, una regulación más enérgica y contundente de las infracciones penales de la que originariamente se le dio en la reforma de 1967. Lo que surgió como un medio confortable de transporte y de turismo se ha convertido en la principal fuente de muertes y graves daños a la salud de los ciudadanos. Así, por ejemplo, en 1998 murieron en España a consecuencia de accidentes de circulación 4289 personas y sólo hasta mayo de 1999 hubo en las carreteras españolas 1274 muertos, no bajando de 100 la cifra que durante este verano se ofreció como balance

tras cada fin de semana con «puente» más o menos largo, operación «retorno», etc. En pocos años, España se ha colocado a la cabeza de los países europeos en número de accidentes y muertos, naturalmente en proporción con el parque automovilístico y el número de habitantes. Ciertamente, buena parte de la culpa la tiene el comportamiento muchas veces imprudente de los conductores, pero también una insuficiente y mala red viaria que, en algunas partes del país, es realmente tercermundista, y que, aunque ha mejorado mucho en los últimos años, sigue siendo incapaz de acoger las innumerables caravanas que la cruzan en los meses de verano. El fenómeno por lo demás es universal, aunque se procura que las incomodidades que ya de por sí supone el tráfico automovilístico masivo no degeneren en un verdadero peligro para la seguridad colectiva y la vida y la integridad física de las personas.

La reforma de 21 de junio de 1989 quiso solucionar, en parte, este problema aumentando sensiblemente las penas pecuniarias e introduciendo la posibilidad de imponer en el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas una pena privativa de libertad de hasta seis meses. Pero la novedad más importante fue la creación de un nuevo delito de conducción temeraria «*con consciente desprecio por la vida de los demás*» (sobre esta reforma, véase MUÑOZ CONDE, 1989, pp. 46 ss.). Al mismo tiempo introdujo pequeñas modificaciones, extendiendo a las «sustancias psicotrópicas» la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas y similares y excluyendo la puesta en peligro de los bienes del ámbito de aplicación del delito de conducción temeraria. Posteriormente, la Ley Orgánica 17/1994, de 23 de diciembre, equiparó expresamente el ciclomotor con el vehículo de motor. También la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha afectado a esta materia, sobre todo en materia de penas.

Tras la reforma de 1989, la novedad más importante del Código penal de 1995 fue la tipificación expresa en el art. 380 de la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, calificándola de desobediencia grave a castigar conforme a lo dispuesto en el art. 556, y la tipificación como falta en el art. 636, entre las faltas contra el orden público, de la realización de actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas, que aunque no se refería exclusivamente a la conducción de vehículos a motor estaba muy relacionada con ella. En realidad, ninguna de las dos disposiciones tenía que ver directamente con la seguridad del tráfico, aunque sean en este ámbito donde más suelen darse casos de este tipo. En lo demás el Código penal mantiene, en sus líneas generales, la regulación anterior (véase sobre ella MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 482 ss.), aunque tras la reforma de noviembre de 2003 la falta del art. 636 excluye expresamente la conducción de vehículos a motor o ciclomotores sin el seguro obligatorio. Pero antes de estudiar los distintos tipos de delitos vamos a ver las disposiciones comunes a los arts. 379, 381 y 382.

DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 379, 381 Y 382

En el art. 383, párrafos 1 y 2, se recogen dos disposiciones comunes a los delitos tipificados en los artículos 379, 381 y 382.

a) La primera de estas disposiciones se refiere a problemas concursales; dice el art. 383 en su primer párrafo: «Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado».

El precepto está pensado evidentemente para los casos en que se producen muerte o lesiones por imprudencia. La solución lógica hubiera sido acudir a las reglas del concurso ideal, pues se trata de dos delitos distintos (el de peligro común y el de resultado lesivo por imprudencia) producidos por la misma acción. El legislador español viene considerando desde la primera regulación del problema que se trata de un concurso de leyes y sanciona tan sólo uno de los hechos, pero no por las reglas de la subsidiariedad, castigando con el delito de lesión también el de peligro, sino por las de la alternatividad (art. 8,4ª), castigando tan sólo el delito más gravemente penado (cfr. STS 28 mayo 1973 y comentario a ella de LUZÓN PEÑA, 1986, pp. 165 ss.; CÓRDOBA III, pp. 1262 ss.; MOLINA, en Compendio, p. 739). Esta disposición es aplicable a los delitos previstos en los arts. 379, 381 y 382, pero aunque sea aplicable la pena de estos delitos por ser ésta la más grave (por ej., por haberse producido sólo unas lesiones leves o unos daños de poca importancia), el inciso último del párrafo 1 ordena en todo caso el resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

En teoría, esta regla concursal no debería ser aplicable cuando el resultado no se produce como consecuencia del peligro generado más allá de lo permitido, ya que en este caso no se puede imputar ni siquiera objetivamente al que lo causa, pero normalmente el hecho de que se produzca es ya una prueba bastante fehaciente de que había un peligro concreto y lo lógico es que el resultado lesivo sea la realización de ese peligro (así, por ej., una conducción temeraria, o bajo el efecto de bebida alcohólica). De esta imputación hay que excluir, en todo caso, el resultado lesivo que se produce como consecuencia de una puesta en peligro asumida voluntariamente por el que resulta luego lesionado o muerto (copiloto o sujeto que induce al conductor

a la conducción peligrosa); véase lo dicho *supra* en capítulo IV sobre la exposición voluntaria a peligros, y FEIJOO SÁNCHEZ).

b) La segunda disposición afecta a la determinación de la pena en los arts. 379, 381 y 382. En el párrafo 2 del art. 383 se derogan las normas generales de las circunstancias modificativas contenidas en el art. 66, dejando la determinación de la pena en función de las agravantes y atenuantes al arbitrio del Juez o Tribunal.

TIPOS LEGALES

Los delitos contra la seguridad del tráfico pueden clasificarse en atención a la conducta constitutiva del correspondiente tipo delictivo. En el primer grupo (A) entran los delitos cuyo núcleo consiste en conducir un vehículo a motor; en el segundo (B), otras conductas, distintas del conducir, que crean grave peligro para la seguridad del tráfico. La tipificación expresa en el art. 380 de la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia (C) es un delito de desobediencia que sólo por su relación con la seguridad en el tráfico se trata en este capítulo (véase *infra*).

A) DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO QUE CONSISTEN EN CONDUCIR

Estos delitos son los recogidos en los arts. 379, 381 y 384. *Elementos comunes* de estos delitos son la conducta típica (conducción), el instrumento delictivo (el vehículo a motor) y el lugar en que se realiza el delito (vía pública).

– La conducta típica consiste en *conducir* un vehículo a motor; de aquí se desprende que sujeto activo sólo puede ser el conductor, aunque son posibles formas de participación (la inducción, por ejemplo). Por conductor entiende la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (texto articulado aprobado por RDLeg 339/1990, de 2 de marzo) «la persona que... maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, es conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales» (Anexo,1). Se excluyen de este concepto «quienes empujan o arrastran un coche de niño o impedido o cualquier vehículo de motor de pequeñas dimensiones». Se trata, pues, de *delitos de propia mano* en los que no cabe la autoría mediata, pero sí la coautoría (profesor de autoescuela) o cualquier forma de participación (por ej., inducción o cooperación del acompañante, etc.).

– Por *vehículo a motor* entiende el nº 9 del Anexo de la Ley sobre Tráfico el «vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores y tranvías». Aunque la nueva regulación emplea la expresión «vehículo *a* motor» en lugar de la tradicional «vehículo *de* motor», no hay ninguna diferencia sustancial, al menos desde el punto de vista gramatical, entre una y otra, incluso igualmente podría haberse empleado la expresión «vehículo con motor». En los números 7, 10 y 15 del Anexo de la Ley sobre Tráfico se definen el ciclomotor y los llamados vehículos especiales (tractores, maquinarias de obras, motocultor, maquinaria agrícola, etc.). Pero este Anexo es tan prolijo y técnico en sus definiciones que realmente no debe considerarse vinculante al objeto de interpretar el concepto de «vehículo a motor» en los tipos legales que aquí se tratan, siendo preferible una interpretación fáctica por la que se puede considerar como «vehículo a motor» todo vehículo destinado al transporte de personas o cosas no movido por energía humana o animal. En todo caso, y para evitar dudas, en los arts. 379, 381 y 384 se incluye también la conducción de «ciclomotor».

– El tercer elemento común es la *vía pública*, pues, aunque no se diga expresamente, la conducción de un vehículo a motor sólo puede tener relevancia para la seguridad del tráfico (bien jurídico protegido) en tanto se lleve a cabo por una vía pública destinada al tráfico motorizado. A la misma solución lleva también una interpretación sistemática, pues tanto el permiso de conducción como el concepto de vehículo de motor vienen referidos a la vía pública. Por vía pública entendía el art. 5º,a) del antiguo Código de la Circulación «todo camino que puede ser utilizado sin más limitaciones que las impuestas por el presente Código», en definitiva todo lugar apto para el tránsito de vehículos de motor. Este concepto está también implícito en la Ley sobre Tráfico. De ahí que deban excluirse del ámbito de estos delitos aquellas conductas de conducción de vehículos de motor por vías privadas no dedicadas normalmente al uso común o público y los lugares no transitables o cerrados al tráfico como los cauces secos de los ríos, los patios, garajes, etc. (SSTS 11 diciembre 1968, 23 febrero 1972 y 23 abril 1974). En el concepto de vía pública se comprenden también los accesos y servicios de las mismas. Este concepto vale también para los delitos previstos en el art. 382.

a) Conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas

> Dice el art. 379: «El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».

Las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o bebidas alcohólicas y similares producen el efecto de disminuir las facultades psíquicas, reflejos, atención, etc., en los conductores. Pero esta disminución no comienza hasta cierta cantidad y varía de un sujeto a otro; por eso se plantea el problema de determinar cuáles son las dosis que hacen incurrir a un conductor en este delito. La práctica tiende a fijar unos índices de alcoholemia, que se determinan con una serie de procedimientos técnicos; por encima de estos índices no está permitido ponerse al volante de un vehículo. Lo normal es que se utilice un etilómetro evidencial autorizado por el Centro Español de Metrología, sometido, según se informa en formulario en el que se constata el resultado de la prueba, a las preceptivas revisiones y calibraciones, y que se le hagan dos pruebas, consistentes en soplar, permaneciendo el conductor entre la realización de dichas pruebas sin comer, beber, fumar o realizar ejercicio físico alguno. Sólo en caso de duda, o si el conductor lo solicita, y a su costa, se le hace también la prueba de alcoholemia en sangre. Pero estos índices sólo permiten obtener presunciones, ya que no todas las personas reaccionan por igual ante las mismas cantidades de alcohol y de otras sustancias tóxicas. Estos índices deben, por tanto, valorarse juntamente con otras pruebas que permitan una mayor seguridad en la determinación del efecto de las bebidas alcohólicas y similares en las facultades psíquicas para conducir. La normativa administrativa vigente desde mayo de 1999 es que si la tasa de alcohol en sangre es superior a 0.25 miligramos en aire expirado ó 0.5 gramos por litro de sangre, el conductor incurre ya en una infracción administrativa. Lo cual no quiere decir que haya que subsumir automáticamente en este delito a todo aquel que conduzca con un índice de alcohol superior a la tasa indicada. El resultado de la prueba del etilómetro o en el análisis de sangre debe situarse en un determinado contexto y relativizar las conclusiones que de ella se derivan, no tanto porque no sean científicamente fiables, sino porque,

aunque lo sean, no arrojan una conclusión contundente respecto al extremo que realmente importa a la hora de establecer una responsabilidad penal: no tanto el grado de impregnación alcohólica, como la incidencia del mismo, si es que la hubo, en la capacidad para conducir el vehículo de motor.

Ésta es también la opinión doctrinal y jurisprudencial hace ya tiempo firmemente establecida, según la cual, incluso en los casos en que se demuestre con las pruebas técnicas citadas que el sujeto conducía un vehículo de motor con un índice de alcohol superior a la tasa reglamentariamente establecida, *la conducta no se puede subsumir automáticamente en el delito previsto* en el art. 379 del vigente Código penal ni deducir de ello una incapacidad general para conducir vehículos de motor, si este dato no se completa con otras pruebas que demuestren el efecto concreto que pudo tener dicha tasa en la capacidad del sujeto para conducir el vehículo de motor en el caso concreto y en las circunstancias que se daban en ese momento; hasta tal punto esto es así que se ha llegado a decir que el test de la alcoholemia no es una prueba en sí, sino el objeto mismo de la prueba (en este sentido, véase por ej., SSTS 7 julio 1989 y 22 febrero 1991). Aunque lo normal es que a partir de tasas como 1,5 en sangre se estime casi automáticamente la relevancia penal de la conducta (véase MOLINA, en Compendio, pp. 117 ss., que informa sobre los *diversos índices fijados por las Audiencias Provinciales*).

La Instrucción de 30 de mayo de 1999 de la Fiscalía del Estado remitida a los fiscales, tras la rebaja en mayo de 1999 de los niveles de alcohol permitidos para conducir a 0.5 gr. de alcohol en sangre, establece que éstos sólo acusarán del delito contra la seguridad del tráfico si el conductor que da positivo estaba afectado por las bebidas o drogas. La citada instrucción señala que cuando la prueba de alcoholemia arroje un resultado superior al permitido «podremos estar en presencia de un delito contra la seguridad del tráfico si el conductor muestra síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La simple reducción de los niveles permitidos para conducir no afecta ni altera el estado en que se encuentra el conductor ni su capacidad o incapacidad para conducir». La Fiscalía General estima que «la capacidad para conducir es la misma con independencia de la tasa que establece el ordenamiento jurídico, ya que el hecho de que el legislador altere las tasas permitidas no convierte en embriagado a quien supere las mismas».

Por su parte, el TC ha señalado en repetidas resoluciones (SSTC 3, 5, 28 y 30 octubre 1985) la necesidad de observar las garantías procesales en la práctica de los test de alcoholemia, aun admitiendo la conformidad constitucional de la prueba en sí. Dicho test no vulnera, por tanto, los derechos a la integridad física, a la libertad personal o a no declarar contra sí mismo (arts. 15, 17,1 y 3, y 24,2 de la Constitución), pero tampoco constituye una prueba suficiente, debiendo ser completado por otros elementos de prueba como la declaración de testigos, la declaración de los agentes judiciales en el juicio oral, la propia confesión del acusado, etc. (véase Circular de la Fiscalía General del Estado, ADP 1986, pp. 598 ss.; GÓMEZ PAVÓN, 1986, pp. 1000 ss.; GARCÍA ARÁN, pp. 627 ss.; MORILLAS CUEVA, 1992; DOLZ LAGO).

Por otra parte, las dificultades que a veces ponen los conductores para someterse a tales pruebas, lo que de por sí puede dar lugar a la comisión de un delito mucho más gravemente penado en el art. 380 (véase *infra*), y el que éstas se realicen horas después de haber sido detenido el conductor o sin las garantías técnicas mínimas, implican una inseguridad grande a la hora de determinar el grado de influencia. De todos modos la Ley sólo exige que se demuestre dicha influencia en el conductor, aunque sea mínima, con lo que se amplía desmesuradamente el ámbito de aplicación del tipo.

Esta amplitud del tipo viene aumentada por el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en el delito de conducción temeraria (*infra* b), no se exige la demostración de *una puesta en peligro concreto*, bastando tan sólo con la conducción del vehículo en tales circunstancias. Indudablemente la Ley obliga a esta interpretación, al no exigir que tal conducta dé lugar a un riesgo específico; pero si no queremos caer en lo absurdo y castigar conductas como la del beodo que a las tres de la madrugada circula por una playa desierta unos metros, habría que exigir un mínimo de peligro para los bienes jurídicos.

La solución correcta se deriva de una interpretación teleológica y de otra de índole sistemática, ya que al ser la seguridad del tráfico el bien jurídico protegido y encontrarse este delito situado sistemáticamente en conexión con otros delitos de peligro concreto, debe exigirse por lo menos que se haya creado con el hecho un riesgo para la circulación, aunque no se pongan en peligro concretamente bienes jurídicos individuales.

En todo caso le es aplicable la disposición concursal del primer párrafo del art. 383.

En el *tipo subjetivo* es necesaria la consciencia de que se conduce embriagado, siendo necesario, por tanto, el dolo. La comisión imprudente, teóricamente posible, no está prevista expresamente. En esta materia es especialmente importante la figura de la *actio libera in causa*, ya que muchas veces el conductor en el momento de la conducción es inimputable, total o parcialmente, pero el dolo va referido al momento en que, consciente de que va a conducir un vehículo de motor, bebe de forma que altera su capacidad para conducir, aunque no haya buscado esta situación con el propósito de cometer la infracción. En este caso no será aplicable la eximente 2ª del art. 20, ni la eximente incompleta del art. 21,1ª (cfr. SILVA SÁNCHEZ, 1988, pp. 168 ss.). Otra particularidad de este delito es su carácter *permanente*, ya que la consumación se prolonga durante todo el tiempo que dura la

conducción bajo la influencia de la bebida alcohólica o de la droga. Teóricamente son posibles las formas imperfectas de ejecución (cfr. GÓMEZ PAVÓN, 1985, pp. 180 ss.).

b) Conducción temeraria

> Dice el art. 381: «El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado 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.
> 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».

Tipo objetivo

La acción consiste en conducir con temeridad manifiesta. La temeridad equivale a la imprudencia en su forma más grave: la temeraria. Esto significa que el conductor debe comportarse con desprecio absoluto de las reglas del tráfico más elementales: el conducir a 100 km/h donde sólo está permitido ir como máximo a 50 km/h, el invadir la parte izquierda de la calzada en una curva sin visibilidad y viniendo mucho tráfico de frente, etc. La temeridad ha de ser además manifiesta, es decir, ha de ser patente para terceros. No basta, por tanto, con la mera infracción de las normas contenidas en el Código de la Circulación.

La consecuencia de esta forma de conducir ha de ser la puesta en peligro concreta de la vida o integridad de las personas. No basta, por tanto, que se conduzca con temeridad manifiesta, sino que es necesario que en el caso concreto se ponga en peligro alguno de dichos bienes jurídicos. El grado de peligro debe ser constatado por el juez en atención a las circunstancias del hecho; por lo menos debe existir una probabilidad grande de producir un daño constitutivo de delito o falta contra la vida o integridad de las personas. El delito de conducción temeraria no es, por tanto, un delito de peligro común, sino un delito de peligro individual o de peligro concreto para bienes jurídicos individuales. Según criterios generalmente admitidos no basta con que el conductor ponga en peligro *su* vida o *su* integridad, sino que se

requiere que con la conducción ponga en peligro bienes individuales ajenos (los de los demás pasajeros del vehículo por ej., aunque sean parientes del conductor siempre que no consientan en el riesgo).

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido un párrafo segundo al art. 381, según el cual se considerará en todo caso que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los supuestos 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. El precepto, como todas las presunciones, es criticable por su generalidad y sólo puede admitirse como criterio orientador de la praxis judicial, a reserva de las particularidades del caso concreto y de la libre valoración de la prueba de los hechos que fundamenten los elementos del tipo delictivo.

Tipo subjetivo

La conducta ha de ser dolosa, es decir, el sujeto debe ser consciente de su forma de conducir y de la puesta en peligro de bienes jurídicos. El dolo es, por tanto, un dolo de peligro que no se refiere al posible resultado lesivo, sino a la acción peligrosa en sí (cfr. BERISTAIN IPIÑA, 1970, pp. 30 ss.).

c) Conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás

> Dice el art. 384: «Será castigado con las 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 por tiempo superior a seis y hasta diez años, el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el art. 381.
> 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».

El art. 384 del Código penal es expresión de una valoración más severa de los comportamientos más graves y peligrosos en la conducción de un vehículo a motor o de un ciclomotor. En la reforma de 1989 se introdujo en el anterior Código penal un nuevo precepto (el art. 340 bis,d) para tipificar expresamente este comportamiento y sancionarlo más gravemente que la simple conducción temeraria. Antecedentes inmediatos de esta regulación fueron las noticias recogidas en los medios de comunicación en las que se relataban varios accidentes de circulación acaecidos en la primavera de 1988 en los alrededores de Madrid, y concretamente en la autopista de La Coruña, debidos al parecer a que éste era el lugar elegido por muchas personas para realizar «apuestas» consistentes en transitar con el coche a gran velocidad por el lado contrario al sentido de la marcha, esquivando los vehículos que venían de frente. El que salía airoso de la prueba ganaba naturalmente la apuesta. Aunque nunca llegó a probarse que estas apuestas tuvieran realmente lugar, pronto cundió la alarma y noticias de hechos similares en otros puntos geográficos del país convirtieron esa alarma, convenientemente comentada y aumentada por los medios de comunicación, en auténtica preocupación nacional.

Ciertamente, la experiencia posterior ha venido a demostrar que el hecho no parece ser tan frecuente como en un primer momento se dio a entender, pero, en todo caso, vino a poner de relieve la escasa entidad de la respuesta penal entonces existente para la conducción temeraria en general, que ni siquiera tenía asignada una pena privativa de libertad. Por otra parte, se planteaba el problema de si no estaríamos aquí en presencia de auténticas conductas homicidas (de «conductores homicidas» se habló en algún editorial de la prensa), al considerarse que bien podría existir dolo eventual respecto a los posibles resultados lesivos que se produjeran a consecuencia de aquéllas y si no sería suficiente, por tanto, recurrir a los principios generales de imputación del delito doloso, consumado o en grado de tentativa o frustración. Dicha solución ofrecía, sin embargo, dificultades casi insuperables, no sólo ya por la renuencia mostrada casi siempre por los Tribunales a apreciar el dolo, siquiera eventual, en los comportamientos más intolerables en el tráfico automovilístico (cfr. STS 20 abril 1977, en la que sólo se apreció imprudencia temeraria en el caso del novio que «para asustar» a la novia dirigió el vehículo que conducía a gran velocidad contra otro que venía de frente, produciendo la muerte del conductor del otro vehículo), sino por la dificultad misma de la prueba de este elemento subjetivo que, lógicamente, hacía inclinarse a los Tribunales por la calificación más favorable al acusado, es decir, por la imprudencia. Por otra parte, está el problema de la creación misma de la situación de peligro para el tráfico automovilístico, que puede darse sin ni siquiera haber llegado todavía la conducción temeraria al estado de la tentativa de homicidio (el conductor es detenido, por ej., antes de que se cruce con alguien). Todas estas razones mo-

vieron al legislador a introducir en 1989 en el Código penal este nuevo tipo delictivo, que gráficamente se describía en la Exposición de Motivos de dicha reforma como un tipo intermedio «entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio». Este delito plantea, ciertamente, problemas interpretativos difíciles de resolver, pero responde a una preocupación político-criminal cada vez más extendida: la necesidad de atajar con toda la energía posible los comportamientos más intolerables en el tráfico automovilístico, mostrando a todo el mundo que ya no es un ámbito privilegiado en el que se pueden practicar los «juegos más peligrosos» con una relativa impunidad, sino una parcela muy importante de la manifestación de la vida ciudadana, que debe ser, por tanto, protegida con todo el rigor que sea necesario. La circulación automovilística se ha convertido, en efecto, en un fenómeno de masas y eso hace que comportamientos negligentes o simplemente imprudentes, que en otros ámbitos apenas tienen repercusión social, tengan enorme trascendencia en el de la circulación por el potencial destructor que implican y la gravedad de los daños que pueden producir. Hay que convencer a los ciudadanos, en principio todos conductores reales y potenciales, de la importancia que tiene respetar las reglas del tráfico automovilístico y de que comportamientos, en sí inocuos o poco graves en otros ámbitos de la vida, pueden ser muy graves en el tráfico, dadas las nefastas consecuencias que pueden producir. El tráfico motorizado se ha democratizado y es, por tanto, interés de todos que se respete la normativa que lo regula (para más detalles sobre las razones que motivaron la creación de este delito en 1989, véase Muñoz Conde, en Muñoz Conde/ Berdugo Gómez de la Torre/ García Arán, pp. 47 ss.; también 10ª ed., pp. 491 ss.).

Elementos típicos

El delito previsto en el artículo 384 se configura a través de dos características típicas fundamentales: una de carácter objetivo, constituida por la *conducción temeraria*, que coincide con la conducta descrita en el art. 381, y otra, de carácter subjetivo, que le confiere su peculiar autonomía, constituida por el *consciente desprecio por la vida de los demás*. La puesta en peligro concreto de la vida o la integridad sólo se configura como un factor de agravación de la pena en el párrafo 1 del artículo 384 (prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor por tiempo superior a seis y hasta diez años), de un tipo básico

contenido en el párrafo 2 que castiga con pena de prisión de uno a dos años, manteniéndose el resto de las penas, «cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas».

La producción del resultado lesivo, muerte o lesiones de alguien, constituye, de acuerdo con la interpretación que aquí vamos a realizar, un delito de homicidio doloso consumado o intentado, que absorbería el delito de conducción temeraria del artículo 384, que, sin embargo, mantendría su autonomía en lo que se refiere a las penas no privativas de libertad.

Tipo objetivo: la conducción temeraria

La conducción típica del artículo 384 coincide con la descrita en el artículo 381, al que se remite expresamente. Consiste, por tanto, en «conducir el vehículo de motor con temeridad manifiesta».

Estamos, pues, aquí también ante un *delito de propia mano*, en el que el autor en sentido estricto tiene que ser el *conductor*, es decir, «la persona que maneja el mecanismo de la dirección» (cfr. *supra*). Naturalmente, ello no excluye la responsabilidad penal de otras personas en concepto de partícipes, como inductores, cooperadores necesarios o cómplices. La cuestión tiene importancia porque este tipo de conducción es muchas veces producto de «apuestas» con otras personas, que, lógicamente, también pueden ser hechas responsables penalmente e incluso castigadas con la misma pena que el autor en sentido estricto. Lo mismo sucede cuando los inductores y partícipes en un sentido amplio son los acompañantes que «jalean» y estimulan al conductor a realizar su «hazaña», aunque en este caso la agravación por la puesta en peligro de sus vidas, tácita o expresamente aceptada, no sea aplicable, como tampoco lo sea el delito de homicidio si se produce la muerte o lesiones de alguno de ellos (véase *infra*).

La conducción del vehículo de motor debe realizarse «con temeridad manifiesta». La interpretación de este término en el Código penal anterior equiparaba esta conducta con la forma más grave de imprudencia que en él se reconocía (cfr. pfo. 1 del antiguo art. 565); en todo caso, la propia expresión «temeraria» permite considerar como tal toda forma de conducción de un vehículo de motor sin tener en cuenta las precauciones más elementales y asumiendo el conductor unos riesgos de producción del resultado notablemente superiores a lo normal: pasar por la puerta de una escuela a la hora de salida de los escolares a más de 100 km por hora; invadir a gran velocidad la parte izquierda

de la calzada en una curva o cambio de rasante sin visibilidad, viniendo, además, mucho tráfico de frente; invadir la parte contraria de una autopista conduciendo por ella varios kilómetros a gran velocidad; conducir en marcha atrás, o en zig zag, a gran velocidad y con mucho tráfico, etc.

La temeridad ha de ser, además, «manifiesta», es decir, patente para terceros. Debe ser, por tanto, algo más que una simple apreciación subjetiva individual de algún observador o del propio conductor. La infracción de las normas elementales que regulan el tráfico debe ser claramente probada y constituir en sí misma un comportamiento objetivamente peligroso, aunque ese peligro no se actualice en el caso concreto. El juicio de peligrosidad es objetivo y realizable *ex ante*, aunque posteriormente haya que tener en cuenta también las circunstancias particulares del caso. Evidentemente, no es lo mismo conducir a gran velocidad por el centro de una población en las horas de mayor tráfico que en una autopista apenas sin circulación a altas horas de la madrugada; en una carretera en mal estado o con niebla, que en una autopista sin apenas circulación, etc. La infracción clara de las reglas del Código de la Circulación puede ser un indicio, aunque generalmente no sea suficiente, para calificar la conducción de manifiestamente temeraria.

En todo caso, la objetivación de este elemento típico es muy importante, porque sólo a partir de él se puede indagar el otro elemento de naturaleza subjetiva y, por tanto, más difícil de probar, que es el «consciente desprecio por la vida de los demás». No deja de ser, sin embargo, sorprendente que se restrinja a esta forma de perturbación del tráfico, es decir, a la conducción temeraria de un vehículo de motor, la expresión del «consciente desprecio por la vida de los demás», pues igualmente pueden manifestarse actitudes de este tipo en comportamientos tales como poner obstáculos en la calzada, derramar sustancias deslizantes o inflamables, tirar piedras contra los vehículos desde un puente que atraviesa la autopista, etc., que sólo pueden ser castigados, ahora igual que antes, por el artículo 382, aunque, lógicamente, no hay por qué excluir las reglas generales de imputación del delito doloso cuando se puedan demostrar en el caso concreto.

Tipo subjetivo: el consciente desprecio por la vida de los demás

Este elemento es el más característico del delito previsto en el artículo 384 y el que le da su autonomía frente a los demás delitos contra la seguridad en el tráfico.

Lógicamente, a diferencia de lo que sucede con el delito de conducción temeraria previsto en el artículo 381, ya no es suficiente en el tipo subjetivo un *dolo de peligro* referido a la acción peligrosa en sí, sino que es preciso un elemento subjetivo específico del injusto constituido por el «consciente desprecio por la vida de los demás». Esta especial referencia subjetiva pone en relación este delito con posibles resultados lesivos que se produzcan a consecuencia de la conducción temeraria. Pero, ¿cómo se puede calificar esa especial referencia subjetiva?, ¿como una forma dolosa de realización del posible resultado lesivo o como una forma de imprudencia especialmente grave, pero imprudencia al fin y al cabo, en relación con ese posible resultado?

La fórmula lingüística elegida por el legislador para caracterizar el delito previsto en el artículo 384 plantea, pues, el problema de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, que tantos quebraderos de cabeza ha dado y da a la teoría y a la praxis (sobre este problema puede consultarse MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 6ª ed., pp. 271 ss.).

En definitiva, lo que se trata de resolver es un problema normativo y no uno meramente psicológico: ¿merece el autor la pena del delito doloso o debe aplicársele como mucho la del delito imprudente? La constatación, con todas las dificultades probatorias y no sólo teóricas que también ello comporta, del «consciente desprecio por la vida de los demás» es un elemento que, añadido a un alto grado de probabilidad o de conformidad con el resultado, puede decidir al juzgador por la calificación de dolo y no por la de simple imprudencia.

Por todo ello, parece evidente que el artículo 384 tipifica un comportamiento doloso, no sólo respecto a la conducción temeraria misma, sino también respecto al resultado de peligro e incluso lesivo que la acción puede producir. El artículo 384 sería, por tanto, una anticipación de la intervención jurídico-penal a zonas periféricas a la tentativa o que aún no están muy claramente en la fase ejecutiva del homicidio, en lo que se refiere a su párrafo 2, es decir, al caso en que todavía no se ha producido un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas; o la tipificación expresa de una tentativa de homicidio en el párrafo 1. Todo ello sin perjuicio de su naturaleza como delito de peligro de la seguridad del tráfico, que se refleja en la pena pecuniaria y de privación del permiso de conducir que se imponen junto a la pena privativa de libertad y que creo se deben imponer también cuando se produzca el resultado lesivo, o cuando éste no se produzca por propio y voluntario desistimiento del conductor.

Cualificación: la creación de una situación de peligro

A diferencia de lo que sucede con el delito de conducción temeraria del art. 381, el delito del art. 384 es punible aunque no se produzca una situación de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas (cfr. pfo. 2). Con ello se cubre una laguna de punibilidad que no podía ser resuelta por el art. 381 (que exige el peligro concreto), ni por la tentativa de homicidio (que normalmente no se da cuando aún no se ha creado una situación de peligro concreto). Esto no quiere decir que baste la realización de la acción peligrosa sin más (conducir, por ej., un vehículo a motor en una playa desierta un día de invierno a las tres de la madrugada), sino que deberá existir un mínimo de peligro para los bienes jurídicos, aunque no llegue a actualizarse porque, por ejemplo, el conductor es detenido por la policía antes de que se cruce con nadie.

La creación de una situación de peligro concreto es sólo un factor de agravación de la pena, pero no un elemento esencial del tipo previsto en el art. 384. El peligro va referido en este caso a la vida o la integridad de los demás, no a la del conductor mismo ni a la de sus acompañantes que le secundan o incluso inducen a la acción, pues con ello consienten, tácita o expresamente, en el riesgo creado (otra cosa habría que decir cuando los acompañantes no sólo no consienten, sino que también son víctimas de la «locura» del conductor; cfr. *supra* capítulo II).

La puesta en peligro de los bienes no constituye un elemento típico y, por tanto, si se produce efectivamente un daño patrimonial habrá que estar a las reglas generales de imputación del delito de daños, que entraría en concurso con el delito de conducción temeraria.

Causas de justificación

Aunque teóricamente es imaginable algún caso extremo de estado de necesidad (llevar urgentemente un herido al hospital), no parece compatible con el «consciente desprecio por la vida de los demás», pues este elemento subjetivo no guarda una relación de adecuación con el mal que se trata de evitar.

Culpabilidad

Especialmente importante es, en este delito, la figura de la *actio libera in causa*, sobre todo cuando el conductor en el momento de la conducción está embriagado o bajo el efecto de alguna droga tóxica o sustancia psicotrópica. En principio no hay inconveniente en utilizarla, sobre todo si se tiene en cuenta que las eximentes 1ª y 2ª del art. 20 no son aplicables cuando la situación de trastorno mental transitorio ha sido provocada intencionalmente para delinquir (en este caso, para conducir temerariamente). Pero debe tenerse en cuenta que, si la conducción temeraria ha surgido precisamente del estado de trastorno mental del sujeto, éste será difícilmente compatible con el «consciente desprecio por la vida de los demás». En este caso, me parece que, todo lo más, vendrá en consideración el delito previsto en el artículo 379 (conducción temeraria o bajo el efecto de bebidas alcohólicas y similares).

Concurso de leyes y de delitos: la producción del resultado lesivo

Después de lo dicho respecto a la naturaleza de este delito como tipificación expresa de una tentativa de homicidio con dolo eventual, queda claro que la relación entre ambos es de concurso de leyes y no de delitos.

Sin embargo, el delito del artículo 384 no desaparece por completo absorbido por el homicidio consumado o intentado. Por un lado, las penas de multa y de privación del permiso de conducir deben seguir siendo aplicables junto con las que procedan por el homicidio consumado o intentado, pues de lo contrario quedaría sin valorar la afectación del bien jurídico colectivo, la seguridad del tráfico. Por otro lado, la autonomía del artículo 384 resurge cuando el resultado lesivo no se produce por *desistimiento voluntario* del conductor que, en el último momento, evita el accidente, ya que, de todos modos, sigue existiendo un delito consumado de peligro para el tráfico (*tentativa cualificada*).

Si son varios los muertos o los lesionados, habrá un concurso ideal entre los distintos homicidios o lesiones, consumados y/o intentados. Pero no debe exigirse responsabilidad por la muerte o las lesiones de los acompañantes, inductores o, de cualquier modo, partícipes de la conducción, pues, como ya vimos (véase *supra* capítulo IV), la asunción voluntaria de riesgos permite excluir del ámbito de intervención del Derecho penal los resultados lesivos o mortales que sufran quienes asumieron el riesgo; se trataría de un caso de asunción voluntaria del peligro que quedaría fuera del ámbito de la tipicidad.

Comiso

El art. 385 dispone el comiso del vehículo de motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el art. 384, considerándolo como instrumento del delito a los efectos del art. 127.

B) CREACIÓN DE GRAVE RIESGO PARA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

> Dice el art. 382: «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:
> 1º Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización, o por cualquier otro medio».

La acción consiste en alterar la seguridad del tráfico por cualquiera de los medios citados en el art. 382,1º («colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización»); pero en la expresión «o por cualquier otro medio» se pueden incluir también en el tipo otros comportamientos susceptibles de alterar la seguridad del tráfico, aunque no sean de los citados expresamente en el precepto, por ejemplo arrojando piedras sobre la vía pública, tirando piedras contra los automóviles, etc. También la conducción peligrosa de un vehículo que no sea de motor (bicicleta, carro de tiro, etc.), o incluso el comportamiento del peatón «jugando a los toros» con los automóviles, corriendo con patines por una autopista, etc., podrían entrar en este precepto; pero debe tenerse en cuenta que, en primer lugar, el comportamiento tiene que tener alguna similitud con los comportamientos descritos expresamente y, en segundo lugar, que debe alterar la seguridad del tráfico de forma general, pues de no hacer esta doble restricción, el art. 382 se convertiría en una especie de cláusula abierta general para castigar como delito de peligro contra la seguridad del tráfico cualquier puesta en peligro del mismo, con lo que prácticamente todos los delitos cometidos por imprudencia en el tráfico (homicidio, lesiones) serían también automáticamente delitos de peligro. El conductor de un coche de caballos que lo lleva de manera incorrecta por el centro de la calzada es probable que responda de unas lesiones o un homicidio por imprudencia si con su conducta provoca un accidente, pero no automáticamente también del delito previsto en el art. 382.

El riesgo que se origine ha de ser grande y concreto, no basta con la mera incomodidad. Se trata, por tanto, de un delito de peligro concreto, aunque referido a un bien jurídico colectivo (la seguridad del tráfico).

Es necesario el dolo. También cabe teóricamente la imprudencia, transportando, por ejemplo, sin la debida seguridad aceite o líquidos inflamables y derramándolos por la vía pública, pero dicha posibilidad no está tipificada expresamente, con lo que no es punible (cfr. art. 12), aunque puede dar lugar al correspondiente delito de homicidio o lesiones por imprudencia, que obviamente sí son punibles como tales, o a un delito del art. 348.

> En el párrafo 2º de este artículo se equipara a estas conductas activas el no restablecer «la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo». Se trata de un delito de *comisión por omisión*, cuya punibilidad se fundamenta por el deber jurídico, no sólo moral, que existe de restablecer la seguridad del tráfico cuando se ha alterado, como por ejemplo: el quitar de la calzada las piedras que han servido para calzar el vehículo averiado.
> La relación entre los párrafos 1º y 2º es de alternatividad: la aplicación de uno excluye la del otro.

C) LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA

> La *negativa del conductor a someterse a las pruebas* legalmente establecidas para la comprobación de los hechos previstos en el art. 379, cuando sea requerido por el agente de la autoridad, está prevista expresamente en el art. 380 como un supuesto de desobediencia grave a castigar conforme a lo dispuesto en el art. 556 con una pena de prisión de seis meses a un año. Tal remisión es, por lo menos, discutible, tanto al calificar este hecho automáticamente como desobediencia grave, como al castigarlo con una pena superior a la prevista para la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas o de drogas. En todo caso, si la negativa se debe, entre otras cosas, al estado de embriaguez del conductor, ello ya de por sí puede constituir la eximente 2ª del art. 20 y, a su vez, una prueba de que el sujeto se encontraba en la situación prevista en el art. 379. Por otra parte, no parece muy correcto desde el punto de vista del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo (art. 24,2 CE) que se obligue a alguien, aunque sea indirectamente con la amenaza de una sanción penal, a que se someta a unas pruebas que pueden incriminarle, tanto más cuanto ya existe una sanción administrativa por el mismo hecho.

Estas objeciones, formuladas por un amplio sector doctrinal (García Arán, Morillas Cueva, Carmona Salgado, en Curso II, pp. 186 s.; dudoso Tamarit Sumalla, en Quintero, Comentarios, p. 191), llevaron a plantear una cuestión de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional resolvió en sentencia 161/1997, de 2 de octubre, afirmando la conformidad constitucional del precepto, basándose para ello en los siguientes fundamentos:

1º) Como ya antes hemos indicado, el TC parte de que la prueba no es obligatoria y que, por tanto, no infringe el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable (art. 24,2 CE), ya que es una «pericia de contenido incierto», lo que no entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria, ni se puede considerar tampoco como un testimonio.

2º) Tampoco considera el TC infringido el principio de proporcionalidad de las penas, entendiendo que para la finalidad de proteger la seguridad en el tráfico, bien jurídico protegido directamente en estos delitos, junto con la vida y la integridad de las personas, bien jurídico mediatamente protegido, y el propio principio de autoridad de los agentes encargados de hacer la prueba, no se ha producido una lesión del derecho fundamental a la libertad por imponer en este caso una pena de prisión, que puede cumplir además una función resocializadora conforme a lo dispuesto en el art. 25,2 de la Constitución.

Contra esta decisión del TC se han formulado críticas que insisten en la atipicidad del comportamiento en los casos en que la prueba suponga intervenciones corporales directas, como sucede en caso de extracción de sangre, siempre obligada para detectar la presencia de otras drogas que no sean alcohol, contrarias al derecho a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18,1 CE), o en su posible justificación por estado de necesidad, al menos putativo, o en la inimputabilidad del sujeto que se niega a someterse a las pruebas por encontrarse precisamente embriagado o bajo el efecto de alguna droga (argumentos aducidos por Carmona Salgado/ Martínez Ruiz, pp. 3 s.; en este sentido, aduciendo infracción del principio de proporcionalidad, también Molina, en Compendio, p. 727). Pero, independientemente de la corrección de estas objeciones, lo cierto y verdad es que el legislador, preocupado por el creciente aumento de los accidentes de tráfico motivados por el consumo de alcohol, ha querido resolver un problema político-criminal de forma indirecta, evitando la falta de eficacia intimidatoria que tendría el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas si los sospechosos de estar cometiéndolo pudieran evadir su aplicación obstaculizando la obtención de prueba; en el fondo, lo que se viene es a plantear al conductor la alternativa de aceptar el riesgo de ser condenado por el delito del art. 379, o por el mucho más grave del art. 380, *tertium non datur*. Otra cosa es que la solución adoptada sea técnicamente la más correcta y sea político-criminalmente afortunada, respecto a lo cual tengo mis dudas (en este sentido también Lascuraín, en Rodríguez Mourullo, Comentarios, p. 1046; Morillas Cueva, 1998, p. 45; Iglesias Río/ Lozano García, p. 1299. A favor de su constitucionalidad, sin embargo, Juanatey Dorado, p. 1514).

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

CAPÍTULO XXX

El bien jurídico protegido en el Título XVIII. Excurso: Las llamadas «falsedades personales»: usurpación de funciones públicas e intrusismo. Falsificación de moneda. Falsificación de sellos de correos y efectos timbrados

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII

En el Título XVIII del Libro II del Código penal se incluyen una serie de delitos de difícil reducción a un bien jurídico protegido común. Quizás por ello el legislador emplea en la rúbrica general de todo el Título el nombre más vago: «De las falsedades», sustituyendo así la habitual alusión al bien jurídico por la referencia al medio comisivo, el falsario. Por las mismas razones también podrían incluirse en dicho Título los delitos de estafa, abuso sexual mediante engaño, acusación y denuncia falsas, falso testimonio, etc., que tienen igualmente como presupuesto comisivo la falsedad y el engaño. Ello demuestra la excesiva vaguedad de este criterio y explica las diferentes normativas que se observan respecto a estos delitos en la Historia y en el Derecho comparado.

Por otra parte, el sentido estricto de la expresión «falsedades» no es idóneo para acoger los delitos que se incluyen en el Título XVIII. Falsedad es lo contrario a la verdad o, como decían las Partidas, «mudamiento de la verdad». En este sentido no existe un derecho a la verdad. La verdad que aquí interesa no es la verdad en sentido filosófico, sino *la apariencia de conformidad a la realidad que engendran determinados signos, nombres, documentos, trajes, etc*. Esta apariencia de verdad que generan tales signos engendra una confianza, una fe, en la sociedad, en el público en general, *la fe pública* que se protege por el Estado en cuanto es necesaria para el tráfico jurídico y puede servir como medio de prueba o autenticación.

Todos o casi todos los objetos materiales sobre los que recae la acción en los delitos de falsedades (sellos o efectos timbrados, mone-

das, documentos públicos, documentos mercantiles, títulos profesionales, certificados, etc.) son signos que engendran esa apariencia de realidad. La creación y la manipulación ilegítimas de esos objetos son ataques al tráfico fiduciario, a la *fe pública*, en la medida en que dichos objetos gozan de crédito en las relaciones sociales y su uso es indispensable para el normal desarrollo de una convivencia con un mínimo de organización. Sin la fe pública no podría desarrollarse el tráfico jurídico. En su vida de relación las personas han ido creando una serie de signos a los que en el transcurso del tiempo la sociedad y, en última instancia, el Estado han dotado de significación. Así, por ejemplo, la firma al pie de un documento indica normalmente que la declaración de voluntad que allí se contiene procede del firmante; la cantidad expresada en un papel moneda, el valor económico que el Estado le atribuye, etc.

Estos signos, en cuanto gozan de ese crédito público, son también *medios probatorios* de la realidad que representan. Por eso algunos autores consideran que la esencia de las falsedades radica en ser delitos contra los medios de prueba. Esta tesis es admisible siempre que no se confundan los medios de prueba en sentido amplio con los medios de prueba admisibles en un proceso, pues de aceptarse esta última interpretación habría que restringir el ámbito de las falsedades a aquéllas que recaen sobre los medios de prueba legalmente admisibles en el proceso (por ej., el documento público), lo que ni dogmáticamente ni desde un punto de vista político-criminal es acertado, porque, entre otras razones, el delito que ataca a uno de los medios de prueba fundamentales en el proceso, el falso testimonio, se configura como un delito contra la Administración de Justicia y no como un delito contra la fe pública, que es un bien jurídico mucho más amplio y difuso.

En el Título XVIII no se trata, por tanto, de proteger la verdad en abstracto, sino la apariencia de verdad que determinados signos engendran, en cuanto son, al mismo tiempo, medios probatorios de ella en su sentido más amplio (opinión dominante a nivel de obras generales, aunque con diversas matizaciones que no implican grandes variaciones de la tesis aquí expuesta).

Dentro de este marco que es el que genera la *seguridad en el tráfico jurídico fiduciario*, que es como suele denominarse también el bien jurídico común a estos delitos, habrá que identificar después en cada delito, o por lo menos en cada grupo de delitos, el bien jurídico

específico particularmente afectado por la acción típica, que, en todo caso, debe ser adecuada para *inducir a error* a las personas; es decir, idónea para hacer pasar un signo ilegítimo o falso por legítimo o verdadero. La acción falsaria debe ser, además, *destinada a entrar en el tráfico jurídico*. De este último requisito se desprende que no puede ser constitutivo de falsedad penalmente relevante el que alguien falsifique la firma de un personaje ilustre, o una moneda, con fines exclusivamente coleccionistas, a modo de juego, etc.; o si la falsedad no está destinada a entrar en el tráfico jurídico fiduciario en general, sino a engañar concretamente a una persona (por ej., a un coleccionista de firmas de personajes famosos). En estos casos faltaría además el dolo típico de las falsedades que supone la conciencia y voluntad de alterar el tráfico jurídico fiduciario, ya que estos delitos sólo en casos excepcionales son punibles en su forma de realización imprudente.

Todos estos requisitos deben exigirse de un modo general en todos los tipos delictivos recogidos en el Título XVIII, para evitar que una interpretación excesivamente formal de los mismos lleve a la criminalización de comportamientos en sí inocuos o de escasa trascendencia social. Téngase en cuenta que las falsedades tienen muchas veces un valor instrumental, utilizándose normalmente como medio para la comisión de otros delitos con los que entran en concurso ideal-medial, aunque también puede darse un concurso de leyes, quedando absorbida la falsedad en el delito fin. Por eso no es buena política criminal incriminar hechos en los que en un principio no existe la posibilidad de perjuicio de otros bienes jurídicos. Lo cual no quiere decir que estos delitos no tengan su propia autonomía típica y un específico bien jurídico, sino simplemente que debe tenerse en cuenta el carácter instrumental con el que generalmente se realizan y sacar de ahí las conclusiones oportunas en cada caso (para más detalles, véase *infra*, capítulo XXXI).

FALSEDAD-FALSIFICACIÓN-USO

Acostumbra a distinguirse desde PACHECO (II, p. 258) entre «falsedad y falsificación», atribuyendo a la palabra «falsedad» un valor más neutro, aplicable a las personas, y refiriendo la de «falsificación» a las acciones. La falsificación requiere la previa existencia de un documento o de un objeto verdadero, que mediante ciertos procedimientos se altera o se falsifica. La falsedad indica, por el contrario, la afirma-

ción de un hecho o la ejecución de un acto, en las que no se expresa la verdad. Las conductas de falsificación suponen una intervención *material* en el objeto que se altera, mientras que la falsedad constituye más bien una actitud *intelectual*, declarando lo falso en lugar de lo verdadero. Un ejemplo de falsificación material puede ser la alteración del contenido de un documento verdadero, mediante, por ejemplo, la modificación de una fecha. Un ejemplo de falsedad ideológica, la redacción de ese documento haciendo constar declaraciones distintas a las realmente hechas. Sin embargo, tanto en el Código penal como en el lenguaje común se utilizan indistintamente los términos falsedad y falsificación y lo mismo ocurrirá en este capítulo y en el siguiente, por lo que el significado concreto de cada uno de ellos habrá de deducirse del contexto.

Además de esta distinción entre falsedad y falsificación, y entre falsedad intelectual y falsificación material, hay que distinguir también entre delitos contra la fe pública que afectan a la genuidad y delitos contra la fe pública que afectan a la veracidad; entendiéndose por *genuidad* o legitimidad la identidad o correspondencia entre el autor aparente y el autor real de un documento, objeto o signo que engendra fe pública, y por *veracidad* la correspondencia entre el contenido del objeto, signo o documento y la realidad que materializa. La alteración de la genuidad constituye siempre un delito contra la fe pública, no así la de la veracidad, que requiere el deber jurídico de atestiguarla.

Junto a las falsedades intelectuales y las falsificaciones materiales, las alteraciones de la genuidad o veracidad, se castiga también autónomamente el *uso* del objeto falso o falsificado siempre que se lleve a cabo por quienes no han tomado parte en la falsedad o falsificación previa.

En resumen, se puede decir que las acciones que generalmente se consideran punibles en este Título XVIII son: la creación de un objeto falso, la falsificación de uno genuino y veraz y el uso de los objetos falsos o falsificados por quienes, no siendo los falsificadores, conocen su falsedad. Excepcionalmente el art. 400 amplía el ámbito de prohibición a actos preparatorios como la fabricación o tenencia de útiles para la falsificación; y el Capítulo V castiga una serie de conductas de atribución o uso indebido de determinados títulos, que ostentan una serie de particularidades de las que nos vamos a ocupar en el siguiente excurso.

EXCURSO: LAS LLAMADAS «FALSEDADES PERSONALES»: USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS E INTRUSISMO

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ÁLVAREZ GARCÍA, *Del intrusismo*, La Ley 1983; BOIX REIG, *El delito de usurpación de estado civil*, Valencia 1980; BOIX REIG/ ORTS BERENGUER, *Intrusismo profesional*, Valencia 1995; CERVELLÓ DONDERIS, *La presencia de la habitualidad en el delito de intrusismo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1991)*, RGD 1992; CUELLO CALÓN, *La Ley de 9 de mayo 1950 relativa al uso indebido de títulos nobiliarios*, ADP 1950; DEL ROSAL, *Del intrusismo*, ADP 1962; GONZALO ESCOBAR, *El delito de intrusismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, ADP 1994; HERNÁNDEZ TRIVIÑO/ ZUGALDÍA ESPINAR, *La «medicina popular» y la «medicina alternativa» ante el Derecho penal: especial consideración del delito de intrusismo*, CPC 1994; LUZÓN PEÑA, *Problemas del intrusismo en el Derecho penal*, ADP 1985; el mismo, *El título académico oficial en el delito de intrusismo*, La Ley 1990; LLORIA GARCÍA, *El concepto de título oficial en el delito de intrusismo*, CJ 1994; MANZANARES SAMANIEGO, *El delito de intrusismo*, AP 1995; ORTS GONZÁLEZ, *El delito de usurpación típica de funciones públicas*, Córdoba 1987; REQUEIJO PASCUA/ CERVELLÓ GRANDE, *Una aproximación administrativa al delito de intrusismo en materia de agencia inmobiliaria*, PJ 1993; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de intrusismo*, RGLJ 1969; SALOM ESCRIVÁ, *Las faltas de intrusismo del art. 572 del Código penal*, BIMJ 1982; el mismo, *El delito de intrusismo profesional*, RJCat. 1983; SERRANO GÓMEZ, *El intrusismo en la odontología*, AP 1988.

Sobre el Código penal de 1995: BOIX REIG/ ORTS BERENGUER, *Sobre algunos aspectos del delito de intrusismo*, EPC 1998; CHOCLÁN MONTALVO, *Intrusismo con ánimo de lucro y estafa*, AP 1996; el mismo, *El delito de intrusismo. Usurpación de profesiones tituladas*, Barcelona 1998; DE LA ASUNCIÓN RODRÍGUEZ/ ZARZUELO DESCALZO, *Usurpación de funciones médicas*, La Ley 1996; GOYENA HUERTA, *El delito de intrusismo y las titulaciones profesionales fuera de España*, AJA 1997; LLORIA GARCÍA, *El delito de intrusismo profesional: (bien jurídico y configuración del injusto)*, Valencia 2001; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Intrusismo punible y conflictos en las distintas especialidades médicas*, Derecho y salud 1997; SERRANO TÁRRAGA, *El delito de intrusismo profesional*, Madrid 1997.

Los Capítulos IV y V del Título XVIII contienen una serie de delitos cuyo encuadre sistemático dentro de las falsedades sólo se justifica por la imprecisión y vaguedad del bien jurídico protegido en este Título y por no existir otro que se ajuste mejor a su naturaleza.

La doctrina dominante en relación con el anterior Código penal consideraba estos delitos como *falsedades personales*, por cuanto no es necesario que se materialicen en cosas o en documentos, bastando sólo con que se realicen determinadas conductas de atribución, usurpación o ejercicio indebido de actividades o calidades para cuyo ejercicio se requieren determinados requisitos legales. Esta conceptuación puede ser mantenida respecto a los delitos de usurpación de funciones públicas y de intrusismo recogidos en el Capítulo V y la falta de uso indebido de uniformes y condecoraciones del art. 637, no así respecto al delito de usurpación del estado civil del Capítulo IV que, en la medida en que incide sobre el estado civil familiar, debe ser estudiado en relación con los delitos contra las relaciones familiares de los Capítulos I y II del Título XII (véase *supra* capítulo XII).

1. USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS

> Dice el art. 402: «El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años».

Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquiera, incluso el funcionario o autoridad que usurpa funciones que no le están conferidas. Pero si el delito es cometido por un funcionario para invadir competencias que incumben a otro, aunque sin hacerse pasar por lo que no es, viene en consideración la usurpación de atribuciones prevista en los arts. 506 y ss.

La acción es doble: por un lado, el sujeto debe *ejercer* actos propios de una autoridad o funcionario, es decir, actos que generalmente son atribuibles a la autoridad o funcionario cuya función se usurpa (policía: pedir a alguien que se identifique; notario: levantar acta), y, por otro, *atribuirse* carácter oficial. Un sector doctrinal y jurisprudencial parece exigir tanto el ejercicio como la atribución para la existencia del delito. Pero naturalmente, si el sujeto se atribuye el carácter oficial, dice por ejemplo que es inspector de policía, pero antes de realizar actos propios de la función atribuida es detenido, el delito no se consuma y cabe apreciar tentativa. Lo decisivo ha de ser, pues, el atribuirse el carácter oficial; el ejercicio de los actos sólo importa para la consumación, hasta tal punto que el mero ejercicio de actos de una autoridad o funcionario, sin atribuirse tal carácter, no constituye este delito. Córdoba (III, p. 1031) exige además que se ejerza una acción positiva capaz de determinar un engaño (sobre el concurso con la estafa, véase *infra*).

Tipo subjetivo

La atribución del carácter oficial es una conducta eminentemente dolosa, pero debe hacerse con la finalidad de ejercer actos propios de la misma. El error sobre la propia calidad del funcionario o sobre la ilegitimidad del ejercicio de los actos determinaría un error de prohibición que habría que tratar conforme al art. 14,3.

Concurso

El hecho puede ser un medio para cometer una estafa, falsedades, etc., delitos con los que entra en concurso ideal-medial, siendo aplicable el art. 77 (véase STS 18 junio 1975). En el delito de detenciones ilegales la usurpación de funciones queda absorbida en la cualificación prevista en el art. 165 (véase *supra* capítulo VI).

2. INTRUSISMO

En relación con el intrusismo se tipifican en el art. 403 dos figuras delictivas que funcionan como tipo básico y tipo agravado, y en el art. 637 una serie de hechos similares constitutivos de falta.

A) TIPO BÁSICO

> Dice el art. 403, párrafo 1: «El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses».

Considera Lloria García (2001, p. 256), que el *bien jurídico protegido* en el párrafo primero del art. 403 es «el poder de policía del Estado de control que las profesiones se ejerzan cumpliendo los requisitos de titulación establecidos en la normativa extrapenal, con la

exclusividad profesional en determinados ámbitos y tutelar los intereses económicos de los grupos profesionales». Se trata, por tanto, de un delito contra esa potestad del Estado, aunque también puedan verse afectados otros intereses como los del grupo profesional o los del individuo que recibe los servicios del intruso. El que realiza, por ejemplo, actos propios de la profesión médica sin estar habilitado para ello ataca, por tanto, la potestad estatal de expedir los correspondientes títulos, pero también puede eventualmente lesionar los intereses del grupo profesional (Colegio de médicos) y los del paciente que recibe sus servicios (cfr. STS 28 mayo 1975. También LUZÓN PEÑA, 1985, p. 688, considera que estamos ante un delito pluriofensivo).

No obstante, predomina en la configuración típica un carácter eminentemente formal y ello hace que algún autor considere que se vulnera el principio de proporcionalidad cuando se sanciona penalmente la mera infracción de los poderes de control de la Administración sobre el cumplimiento de la normativa en materia de títulos profesionales (así, por ej., LLORIA GARCÍA, 2001, pp. 257 ss.). Evidentemente, tampoco los intereses corporativos o profesionales deberían ser motivo suficiente para fundamentar la intervención del Derecho penal. Generalmente, es la propia Administración la que debe controlar y sancionar en su caso las infracciones de esta normativa.

Tipo objetivo

La concreción de la conducta típica requiere la previa determinación de las profesiones a que se refiere el texto legal y de los actos propios de ellas.

Respecto a la primera cuestión, las profesiones a que se refiere el primer párrafo del art. 403 en su inciso primero deben ser aquéllas que requieren el correspondiente *título académico*, que acredita la capacitación para ejercerlas tras haber realizado y aprobado un ciclo de estudios en un centro público o privado reconocido oficialmente. En el inciso segundo de este mismo párrafo se tipifica el intrusismo en las profesiones que requieren un *título oficial*, que no equivale exactamente al título académico, pero que se requiere para el ejercicio de determinadas profesiones (por ej., agente de la propiedad inmobiliaria). Con ello se viene a poner fin a una polémica que surgió en la regulación del Código penal anterior en torno a si por título oficial había que entender sólo el académico. Desde el momento en que existen profesiones reguladas legalmente, pero a las que se accede sin necesidad de título académico alguno, está claro que también respecto a esas profesiones cabe hablar de intrusismo (sobre la regulación anterior cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 606, y STC 111/1993, de 25 de marzo. Sobre la discusión parlamentaria de este problema en la redacción del Código penal de 1995, véase LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, pp. 175 ss.).

En todo caso, es necesario que los actos ejercitados sean *propios* de la profesión que se considere incluida en el párrafo primero del art. 403. Las reglamentaciones de los Colegios profesionales contienen normalmente un catálogo de actos propios de la profesión, pero cuando no sea así debe acudirse a criterios objetivos de validez general en el ámbito social. Los actos de curanderismo con prácticas supersticiosas, oraciones, imposición de manos, etc., no pueden estimarse como actos propios de la profesión médica y, por tanto, no constituyen intrusismo (en este sentido LLORIA GARCÍA, 2001, pp. 376 ss.; también HERNÁNDEZ TRIVIÑO/ ZUGALDÍA ESPINAR).

Respecto al ejercicio de especialidades, la cuestión es más discutible. El problema viene ya de antiguo planteándose en torno a la especialidad de Odontología, que hoy es ya una carrera autónoma y diferente de la de Medicina y Cirugía. A este problema parece referirse el inciso segundo del párrafo primero del art. 403.

En relación con esta cuestión se ha suscitado en los últimos años un conflicto entre los médicos que ejercen en instituciones de la Seguridad Social una especialidad sin título oficial de especialista, pero con permiso de la Administración (MESTOS) y los médicos que tienen el título oficial de especialista (MIR). En la medida en que es la propia Administración la que ha creado y consentido esta anomalía, es ella la que tiene que resolver el conflicto a través de la correspondiente homologación y la exigencia del cumplimiento de determinados requisitos, pero es absurdo plantearlo como un tema de intrusismo, pues, como decíamos antes, es la propia Administración la que determina las competencias y requisitos para el ejercicio de determinadas profesiones. No se trata, por tanto, del ejercicio individual y aislado de una especialidad para la que no se tiene el correspondiente título, que es para lo que está pensado el inciso segundo del párrafo primero del art. 403 (*en contra*, QUINTERO, Comentarios, p. 1765, quien propone reservar para este supuesto lo que dispone el inciso segundo del párrafo primero del art. 403; para más detalles, MARTÍNEZ-PEREDA. Sobre la intervención en asuntos administrativos sin ser abogado, STS 28 septiembre 1982 y comentario de ÁLVAREZ GARCÍA).

Es indiferente el número de actos cometidos. La STS de 23 de enero de 1984 considera que sólo hay un delito aunque sean varias las acciones realizadas en el tiempo. La STS de 19 de diciembre de 1974 exige que tales actos se realicen de manera habitual y persistente. Para LLORIA GARCÍA, 2001, pp. 414 ss., el delito de intrusismo constituye

«un supuesto de unidad típica en sentido estricto», en el que, por tanto, los distintos actos constituyen un todo, el ejercicio profesional, por lo que no cabe aplicar las reglas del concurso de delitos, ni del delito continuado; cfr. también STC 204/1996, de 16 de diciembre).

Tipo subjetivo

Sólo es punible la comisión dolosa. Si el sujeto cree erróneamente —con error vencible— que tiene derecho a ejercer determinados actos profesionales sin título, existirá error de prohibición (art. 14,3), tanto más cuando tenga un permiso de la Administración o el tema sea incluso discutible entre los propios profesionales y Colegios profesionales que admiten para la colegiación determinados títulos que otros rechazan.

B) TIPO CUALIFICADO

El párrafo segundo del art. 403 impone la pena de prisión de seis meses a dos años: «Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido».

> Esta cualificación supone que se dan los requisitos del tipo básico. La exigencia de que la atribución de la cualidad profesional se haga *públicamente* (mediante anuncios, etc.) vuelve a relacionar este delito con la *fe pública*. No basta, por tanto, con que se atribuya esta cualidad frente a un particular, el cliente por ejemplo, que puede ser sujeto pasivo de un delito de estafa.

C) LA FALTA DEL ARTÍCULO 637

> Art. 637: «El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días».

Se trata de penalizar como meras faltas determinadas conductas que tienen menor trascendencia social y jurídica que las constitutivas de delito. En el Código penal anterior algunas de estas conductas se castigaban como delito, pero evidentemente no puede tener la misma gravedad la atribución que se puede deducir del uso de determinados signos que la que se deriva del ejercicio de las actividades mismas. En

todo caso, la falta de uso indebido de uniforme sólo puede cometerse respecto a aquellas profesiones que tienen uniforme y que lo utilizan para el ejercicio de la misma. No constituye esta falta, por ejemplo, el uso de la toga en juicio por profesionales similares a los licenciados en Derecho (graduados sociales, economistas), o de la bata blanca por psicólogos, ópticos, etc. En la medida en que estas conductas puedan utilizarse para defraudar a alguien cabe, como es lógico, considerarla engaño suficiente a los efectos del delito de estafa.

FALSIFICACIÓN DE MONEDA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedad*, DJ 1983; CUELLO CALÓN, *La reforma penal española en materia de falsificación de moneda*, ADP 1948; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación*, NEJ IV, 1958; el mismo, *Falsificación de objetos timbrados*, NEJ IV, 1958; el mismo, *Falsificación de moneda*, NEJ IV, 1958; PAREDES CASTAÑÓN, *Tentativa imprudente de introducción de moneda falsa*, PJ 1991; PELLISÉ PRATS, *Falsificación de sellos y marcas*, NEJ IV, 1958; RIBACOVA RIBACOVA, *Objeto y sujeto pasivo de la falsificación de moneda*, DP 1986.

Sobre el Código penal de 1995: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *La falsificación de moneda*, Barcelona 2000; CASTRO MORENO, *Consideraciones para una posible reforma de los delitos de falsificación de moneda, sellos y efectos timbrados*, AP 2002; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La adaptación del Código penal ante la introducción del euro como moneda oficial española: repercusiones en el delito de falsificación de moneda*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004.

Los delitos relativos a la falsificación de moneda han sido incluidos tradicionalmente en nuestros Códigos penales entre las falsedades, y en íntimo parentesco con ellos se tipifica en inmediata sucesión la falsificación de sellos de correos y efectos timbrados (Capítulo I del Título XVIII).

La falsificación de moneda, sin embargo, por su gravedad y por la especialidad del tráfico monetario, ofrece características que, en parte, la distinguen de las demás falsedades.

Para comprender su naturaleza y su actual regulación, conviene dar un esquema de su evolución histórica, ya que el significado económico y jurídico de la moneda ha ido cambiando a través de los tiempos, condicionando la regulación penal de su falsificación.

La aparición de la falsificación de moneda coincide con la de la moneda misma como medio de pago; pero, en cuanto el valor de ésta

no estaba garantizado por ningún poder social o estatal, la falsificación constituía solamente una defraudación patrimonial en perjuicio del particular.

A medida que determinados objetos, metales nobles, piedras preciosas, etc., fueron adquiriendo una aceptación general en la sociedad como medios de pago, se les asignó un valor que podía cambiarse por otras mercancías y servir para adquirirlas. Este valor se correspondía con el de la mercancía que se quería obtener, convirtiéndose la moneda en el medio ideal para facilitar las transacciones económicas y, al mismo tiempo, en un signo fiduciario socialmente aceptado.

Para reforzar esta aceptación general de los metales preciosos y convertirlos en unidades que sirvieran como valores de cambio en la vida económica, el Estado se encargó de controlar y monopolizar estas unidades de valor, imponiéndolas como medio legal de pago. El tráfico monetario se convertía así también en un interés estatal.

En esta evolución histórica de la moneda se observan ya los intereses que se pretenden proteger al incriminar su falsificación. Por una parte, los del particular, porque la moneda falsa supone un perjuicio para su patrimonio; por otra, los de la sociedad, al defraudarse la confianza, la fe pública que engendra el valor de la moneda en el tráfico social; y, por último, los del Estado, al lesionarse el privilegio de controlar o monopolizar la creación de la moneda que el Estado tiene.

Estos tres intereses se entrecruzan a la hora de tipificar la falsificación de moneda en los Códigos penales decimonónicos, adoptando el principal papel los intereses estatales, al considerarse la falsificación monetaria como un ataque a la soberanía del rey y, por tanto, como un delito de Lesa Majestad. De ahí las graves penas con que se castigaba, la de muerte normalmente, incluso hasta épocas recientes, y la dureza de las penas que todavía se le asignan en el Código penal de 1995.

El interés comunitario, el de la fe pública, juega un papel menos decisivo en la creación de estos delitos, ya que el valor que la moneda representa se convierte pronto en una ficción, desde el momento en que es el propio Estado quien «falsifica» las monedas que emite, dándoles más valor del que en realidad tienen los materiales que la componen, o desde el momento en que aparece el papel moneda. La fe pública no es, por tanto, aquí más que una consecuencia del poder estatal que la mantiene.

Pero tampoco la concepción estatal es la dominante en la actualidad. El cambio de las concepciones económicas sobre la moneda hace

que deje de ser signo de soberanía para constituir un medio de pago internacional sujeto, como tal, a las fluctuaciones internacionales, e incluso que haya monedas (por ej., el euro) que sirvan para varios Estados. La facilidad en las comunicaciones y el consiguiente aumento del tráfico internacional repercuten sensiblemente en la función económica de la moneda, que se convierte en un medio de pago internacional por encima de su adscripción a un determinado Estado. Desde este momento carece de trascendencia la distinción entre moneda nacional y moneda extranjera desde el punto de vista de su falsificación, puesto que ambas son medios de pago generalmente aceptados en el tráfico económico.

El Convenio de Ginebra y la reforma de 1947

La incidencia internacional de la falsificación monetaria obligó a los Estados a unirse para proceder conjuntamente contra la falsificación de moneda. Esta acción internacional cuajó en el Convenio Internacional de Ginebra de 20 de abril de 1929, firmado por más de treinta Estados y ratificado por España en 1930, que tras la reforma de 27 de diciembre de 1947 se convirtió en sus líneas fundamentales en Derecho positivo español. Estas líneas fundamentales son:

1ª) Equiparación de la moneda metálica al papel moneda, consecuencia de la preponderancia de éste último en el tráfico monetario actual (art. 2).

2ª) Equivalencia de la moneda nacional y la extranjera (art. 5).

3ª) Delimitación de las conductas punibles a la fabricación, alteración, expendición e introducción (art. 3).

4ª) Validez internacional de la ley penal (art. 4).

5ª) Reconocimiento de la reincidencia internacional (art. 6).

Después de este Convenio y de la reforma de 1947 puede ya afirmarse que lo que se protege en los delitos de falsificación de moneda es el *tráfico monetario internacional*.

Concepto penal de moneda

> Dice el art. 387: «A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equipararán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras».

En definitiva: por moneda se entiende todo signo de valor de curso legal emitido por el Estado u Organismo autorizado para ello. Las monedas extranjeras, como es lógico, deben ser también monedas de curso legal. El curso legal es el poder liberatorio como medio de pago que el Estado confiere a un signo de valor determinado. Distinto del curso legal es el curso forzoso, es decir, la obligatoriedad de aceptar en pago monedas legítimas.

Como se desprende de la definición del art. 387, la equiparación entre papel moneda y moneda metálica, y moneda nacional y extranjera es absoluta. También se equiparan a la moneda las tarjetas de crédito, las de débito y (tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre) las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje, que hace ya tiempo vienen funcionando como tal en el tráfico económico internacional; con ello en el nuevo Código penal se ha podido prescindir de la tipificación expresa de la falsificación de los documentos de crédito, nominativos o al portador que se contenía en el anterior Código penal.

> Según el art. 2,5 de la Ley Orgánica 10/1998, de 17 de diciembre, Complementaria de la Ley sobre Introducción del Euro, los euros acuñados o impresos en moneda metálica o en papel moneda han de considerarse moneda de curso legal a los efectos previstos en los arts. 386 y 387 del Código penal desde el 1 de enero de 1999. Respecto a la peseta, mantuvo su consideración de moneda nacional a los mismos efectos hasta el 30 de junio de 2002, por lo que la falsificación de pesetas es atípica a partir del 1 de julio de 2002 (art. 2,3 LO 10/1998), sin perjuicio de que pueda dar lugar a otro delito, como la estafa (cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, pp. 1031 ss.).

Principio de universalidad de la ley penal

La LOPJ establece el principio real o de protección en su art. 23,3,e para la falsificación de moneda española o su expendición; y el de universalidad en su art. 23,4,d para la falsificación de moneda extranjera.

La reincidencia internacional

El art. 388 establece que «la condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español».

TIPOS LEGALES

Tras la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre, las diversas conductas tipificadas en el art. 386 pueden clasificarse en:

A) ALTERACIÓN O FABRICACIÓN

> «Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:
> 1º. El que altere la moneda o fabrique moneda falsa».

De las tres conductas que en el anterior Código penal se incluían en este epígrafe: fabricación, alteración y cercenamiento, el Código penal de 1995 sólo mantuvo la fabricación, entendiendo tal vez que las otras dos modalidades eran vestigios de la época en la que las monedas metálicas podían estar hechas con metales preciosos (por lo que, a través de su manipulación, alteración o cercenamiento, se podía intentar modificar su valor) y que actualmente tales conductas carecían de trascendencia. Se limitó, de ese modo, la primera modalidad de falsificación de moneda a la fabricación de la misma, es decir, a su creación por imitación de la moneda auténtica operando sobre metales o papeles. Sin embargo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha vuelto a introducir entre las conductas típicas de falsificación de moneda la «alteración» de la misma.

Por lo que se refiere a la modalidad de fabricación, la imitación debe engendrar una apariencia de legitimidad. La consumación del delito requiere, por tanto, una elaboración de la moneda o billete que engendre esa apariencia de legitimidad.

> El Pleno del Tribunal Supremo de junio de 2002 ha acordado considerar incluible en este supuesto la alteración de la banda magnética de las tarjetas de crédito.

Aunque no es necesario que llegue a circular efectivamente, para que haya delito de falsificación de moneda por este procedimiento es menester que *la moneda fabricada o alterada esté destinada a circular en el tráfico monetario* en general. Si sólo se hace para conseguir en un hecho concreto la defraudación de alguien habrá en todo caso estafa (cfr. QUINTANO IV, p. 584). Si la fabricación se lleva a cabo con fines numismáticos, coleccionistas o de propaganda, etc., no existe delito de falsificación de moneda. Es irrelevante la cuantía de la moneda falsificada y, por supuesto, el valor de los materiales empleados en el

caso de falsificación de la moneda metálica puede ser superior al legal (caso de los llamados «duros sevillanos»). Cuando para la fabricación se lleven a cabo distintas acciones se admite la tesis del delito continuado (en este sentido VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO, Comentarios, p. 1715; e *infra*).

B) INTRODUCCIÓN O EXPORTACIÓN

> En el núm. 2º del párrafo primero del art. 386 se castiga, también con las mismas penas que la fabricación, al que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.

La introducción o exportación es un acto posterior a la fabricación. Se consuma con la introducción en el país o la exportación, sin que sea preciso que llegue a circular efectivamente. Si los que introducen o exportan la moneda son los mismos que la falsificaron, entonces el hecho de la introducción o exportación es un acto posterior impune. Por «país» debe entenderse el ámbito territorial del Estado español (CÓRDOBA III, p. 723). La STS de 4 de marzo de 1969 entiende por territorio no sólo el terrestre, sino también el marítimo y el aéreo; y PAREDES CASTAÑÓN y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 1990 consideran que la entrada en el país se dará cuando se haya traspasado el territorio aduanero, ya que desde ese momento es cuando se puede hablar de disposición de la moneda falsificada en el territorio nacional o país (en este sentido también ECHANO, en Compendio, p. 759; y VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO, Comentarios, p. 1710).

C) EXPENDICIÓN

El núm. 3º del párrafo primero del art. 386 castiga con las mismas penas que la fabricación, alteración, introducción o exportación de moneda falsa o alterada al que la transporte, expenda o distribuya en connivencia con los falsificadores, alteradores, introductores o exportadores.

La expendición, el hacer entrar la moneda en el tráfico, es la última fase de la falsificación de moneda. En este apartado se tipifica la *expendición en connivencia* con los falsificadores, alteradores, introductores o exportadores de la moneda falsa o alterada. Si son éstos mismos quienes la expenden, el hecho es un acto posterior impune (cfr. CÓRDOBA III, pp. 726 ss.).

> En el párrafo 3 del art. 386 se castiga con la pena de prisión de tres a seis meses y multa de seis a veinticuatro meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros, al que «habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expenda o distribuya después de constarle su falsedad». Si el valor no excede de dicha cantidad, entonces el hecho constituye una falta (art. 629).
>
> La razón de esta atenuación radica en que el que adquiere de buena fe moneda falsa es en cierto modo víctima de la falsificación y se encuentra en una especie de estado de necesidad que le hace intentar desplazar el perjuicio que se le ha irrogado hacia otras personas. Aunque en el art. 386 se habla sólo de recibido, la doctrina lo aplica también en los casos en que el dinero falso se ha encontrado o adquirido de algún modo (véanse QUINTANO IV, p. 591; ECHANO, en Compendio, p. 760; SSTS 8 mayo 1965 y 23 febrero 1994).

D) TENENCIA

> El párrafo segundo del art. 386 castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la de la falsificación de moneda, atendiendo al valor de la moneda falsa y al grado de connivencia con los falsificadores, alteradores, introductores, exportadores, transportadores, expendedores o distribuidores de la misma, la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución. «La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación».

Formas imperfectas de ejecución

En relación con la falsificación propiamente dicha se exige que la moneda falsificada tenga un parecido esencial con la legítima, de tal modo que sea difícil a simple vista distinguirlas. Si la falsificación es tan burda que puede detectarse a simple vista podrá considerarse como *delito imposible* por inidoneidad del objeto y ni siquiera debe apreciarse tentativa, aunque sí pueda dar lugar a un delito de estafa. El delito se consuma, por tanto, cuando la moneda falsificada está en condiciones de ser lanzada al mercado. La simple tenencia del no falsificador se castiga expresamente en el apartado segundo del art. 386, por lo que son difícilmente imaginables las formas imperfectas de ejecución de las modalidades de introducción, exportación y expendición. La tenencia queda subsumida, sin embargo, en las figuras de introducción, exportación, transporte y expendición cuando éstas se consuman (véase STS 20 mayo 1975). En los casos en que existe connivencia entre el falsificador de la moneda falsa y los encargados de introducirla no puede estimarse la conspiración o cualquier otro acto preparatorio del art. 17, cuya punición no está específicamente prevista,

pero en el art. 400 sí se castiga expresamente la fabricación o tenencia de instrumentos destinados a la comisión de este delito y otros delitos de falsedad.

Consecuencias accesorias

Tras la reforma de noviembre de 2003 el último párrafo del art. 386 prevé la posibilidad de imponer alguna o algunas de las consecuencias accesorias del art. 129 si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades.

Concurso

Ya hemos dicho que las conductas de introducción, exportación, transporte, distribución y expendición son actos posteriores impunes cuando los que los llevan a cabo son los mismos que han intervenido en la falsificación de la moneda. La falsificación se convierte, por tanto, en el delito principal y subsume igualmente como actos previos los previstos en el art. 400, cuando los realizan los falsificadores. Cuando para la falsificación se emplea el mismo cuño se comete un solo delito, cualquiera que sea el tiempo y la cuantía de lo falsificado; pero si se falsifican diversas clases de monedas con cuños diferentes existirá concurso real.

Se discute la posibilidad del concurso delictivo entre la expendición de moneda falsa y la estafa. Teóricamente es posible, ya que ambos hechos afectan a bienes jurídicos distintos y existe una relación medio-fin que es precisamente uno de los supuestos del art. 77,1. Pero, como observa CÓRDOBA (II, p. 356), la solución concursal debe rechazarse porque la causación del evento fraudulento representa *por lo regular* un fenómeno concomitante con la expendición. De todos modos el particular podrá ejercitar la correspondiente acción civil resarcitoria (a favor del concurso medial de delitos en base al art. 77, ECHANO, en Compendio, p. 760, quien cita la STS 26 enero 1996; ORTS BERENGUER, en VIVES, Comentarios, p. 1733). Respecto a las tarjetas de crédito falsificadas es, sin embargo, más lógico que se pueda admitir el concurso (medial) con la estafa.

FALSIFICACIÓN DE SELLOS DE CORREOS Y EFECTOS TIMBRADOS

En inmediata conexión con la falsificación de moneda se recoge en el Capítulo I del Título XVIII la falsificación de determinados valores emitidos por el Estado, cuya significación económica es análoga a la de la moneda supliendo incluso, a veces, a ésta.

El parentesco morfológico con la falsificación de moneda raya en la identidad, variando únicamente en la gravedad de las penas asignadas, de ahí que nos ocupemos brevemente de ellos.

El sello de correos es el signo, generalmente de papel adherido al sobre o cualquier tipo de correspondencia o que ya viene impreso en el propio sobre (*franqueo pagado*), que refleja el pago de la cantidad cobrada por el servicio de Correos para su circulación y su régimen jurídico es el de los demás efectos timbrados citados en el Reglamento para el impuesto del timbre del Estado de 22 de junio de 1956 (ver también art. 23 del Reglamento General de Recaudación, RD 1684/1990, de 20 de diciembre). En este Reglamento se mencionan, entre otros, el papel timbrado común, el papel timbrado de pagos al Estado, los timbres móviles, las tarjetas de timbrar y los documentos timbrados especiales: sellos de correos y telégrafos, contratos de arrendamiento, pólizas de contratación y préstamos, letras de cambio, pagarés a la orden, etc. La falsificación de algunos de estos documentos constituye también una falsificación documental. Sin embargo, entre ambos tipos de falsificaciones existe una diferencia fundamental: la falsificación documental del Capítulo II se refiere a la falsificación del documento que contiene la materialización de una declaración de voluntad, mientras que la falsificación que ahora nos ocupa se refiere a la confección o alteración ilegítima del objeto material en el que se va a materializar la declaración de voluntad cuya expendición está reservada al Estado. Ambas falsedades pueden coexistir perfectamente y sólo en el caso en el que la falsificación del efecto timbrado se lleva a cabo para realizar una falsedad documental podrá aplicarse el art. 8 (cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO, Comentarios, p. 1726).

Las modalidades previstas en el art. 389 son:

a) Falsificar.
b) Introducir.
c) Expender.

La expendición se castiga con las mismas penas que la falsificación y la introducción, cuando es en connivencia con el falsificador (prisión de seis meses a tres años).

La distribución o el uso de estos efectos en cantidad superior a 400 euros por el que los ha adquirido de buena fe se castiga en el apartado segundo del art. 389 con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses; si no llega a esa cantidad, el hecho constituye sólo la falta del art. 629. El uso de sellos de correos caducados constituye una infracción administrativa.

CAPÍTULO XXXI

Falsificación documental: Falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles. Falsificación de documentos privados. Falsificación de despachos transmitidos por los servicios de telecomunicación. Falsificación de certificados. Disposición general

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUARES, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente. Concepto procesal y material de documento: nuevas técnicas*, en La nueva delincuencia II, CDJ 1993; ANTÓN ONECA, *Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales*, Anales de la Academia maritense del Notariado 1948; APARICIO RAMOS, *La falsedad en la letra de cambio*, Madrid 1945; BELLO LANDROVE, *Las falsedades documentales en el Anteproyecto de Código penal de 1992*, JD 1992; CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de la jurisprudencia sobre la falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, CPC 1994; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, ADP 1957; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, Barcelona 1984; COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, CPC 1995; DE VICENTE REMESAL, *Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público*, La Ley 1990; DEL ROSAL, *De la relación concursal entre falsedad y estafa*, ADP 1949; DELGADO LÓPEZ, *Comentario a la STS 11 junio 1982 sobre falsificación de recetas médicas ordinarias*, ADP 1982; DÍAZ GARCÍA, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, La Ley 1986; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial?*, PJ 1986; DÍAZ PALOS, *El delito de la falsedad documental*, RJCat. 1962; ECHANO BASALDÚA, *¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública? (Revisión de la doctrina jurisprudencial)*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; el mismo, *Aproximación histórica al concepto de documento oficial (artículos 302 y 303 del Código penal)*, AP 1994; FERRER SAMA, *El dolo como elemento del delito de falsedad*, Anales de la Academia maritense del Notariado 1957; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, Valencia 1994; el mismo, *De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, PJ 1991; GONZÁLEZ RUS, *Cuestiones penales suscitadas por los papeles de Laos*, AP 1995; HERNÁNDEZ GIL, *Indignidad sucesoria como causa en el art. 756.6 inciso último del Código civil; falsificar, destruir u ocultar el testamento del*

causante, La Ley 1993; JIMÉNEZ ASENJO, *La tacha incierta de falsedad cambial*, Revista de Derecho Privado 1949; el mismo, *Falsificación de documentos*, NEJ IX, 1958; LEYVA SUÁREZ, *El instrumento público y la justicia penal*, Anales de la Academia maritense del Notariado 1953; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; MONER MUÑOZ, *Falsificación de documentos oficiales. Doctrina del Tribunal Supremo. Cambio de orientación en la jurisprudencia reciente*, RGD 1995; MUÑOZ CUESTA, *Estafa a pluralidad de personas y falsedad documental*, La Ley 1991; OMAR Y GELPI, *Letra de cambio, la maliciosa tacha de falsedad en la aceptación*, RJCat. 1950; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, Madrid 1953; el mismo, *La humanización en el delito de falsedad y su posible incriminación culposa*, Anales de la Academia maritense del Notariado 1957; QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, RJCat. 1967; el mismo, *Las falsedades documentales y la evolución del derecho positivo español*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; RODRÍGUEZ RAMOS, *Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil*, PJ 1988; STAMPA BRAUN, *Sobre la fe pública extrajudicial de los corredores de comercio y la falsedad documental ideológica*, La Ley 1995; VARIOS, *Las falsedades documentales*, Homenaje a Ruiz Vadillo, Granada 1994; VARIOS, *Falsedad y defraudaciones*, Muñoz Conde (dir.), CDJ 1995; VILLANUEVA SANTAMARIA, *El dolo en el delito de falsedad*, Información Jurídica 1950.

Sobre el Código penal de 1995: ALONSO PÉREZ, *El delito de falsedad documental cometido por autoridad o funcionario público*, La Ley 2000; BACIGALUPO ZAPATER, *La reforma de las falsedades documentales*, La Ley 1996; el mismo, *Simulación de negocio jurídico y falsedad documental*, La Ley 1998; el mismo, *Delito de falsedad documental*, Madrid 1999; el mismo, *Falsedad ideológica y deber de veracidad*, en Homenaje a Ruiz Vadillo, Madrid 1999; BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Granada 2000; BRIOSO DÍAZ/ DE TORRE MARTÍNEZ, *El delito de falsedad en documento mercantil en el nuevo Código penal*, RMF 1997; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, Madrid 1998; CAMINO, J. R., *El documento electrónico: su admisibilidad en el Derecho español*, La Ley 1997; ESCOBAR JIMÉNEZ, *Las falsedades documentales*, en El nuevo Código penal y su aplicación a las empresas y profesionales III, Madrid 1996; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid 1996; FERRÉ OLIVÉ, *Las falsedades en información social*, AP 1998; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales. (En el Código penal de 1995)*, Valencia 1997; GARCÍA VARELA, *El truncamiento y la falsificación de cheques*, La Ley 1998; GÓMEZ BENÍTEZ, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso*, La Ley 1997; HAVA GARCÍA, *Comentarios a las sentencias 1/1997 y 224/1998*, RCP 1998; JAÉN VALLEJO, *Las falsedades documentales*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; JIMÉNEZ VILLAREJO, *La discriminación de la falsedad ideológica cometida por particulares. Un debate en la jurisprudencia*, PJ 2000; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La falsedad ideológica*, AP 1998; LLORIA GARCÍA, *El documento como objeto material de los delitos de falsedad documental*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; MOYNA MÉNGUEZ, *Las falsedades documentales*, La Ley 1996; MUÑOZ CONDE, *Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario*, Derecho y Salud 1996; el mismo, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1999; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia 1998; OCAÑA RODRÍGUEZ, *¿Una nueva función del documento? A propósito de la falsedad ideológica*, RDM 2000; PUERTA LUIS, *Breves reflexiones en torno a las falsedades documentales*, en Homenaje a Ruiz Vadillo, Madrid 1999; QUERALT, *La falsedad documental: una aporía casacional*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; RAMOS HERRANZ, *La imputación de la responsabilidad derivada del pago de cheques falsos y falsificados*, en Estudios sobre consumo 1996; RODRÍGUEZ RAMOS, *El documento mercantil como objeto material del delito de falsedad*, La Ley 1998; el mismo, *Falsedades instrumentales: interpretación actualizada*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; SOTO NIETO, *Falsedad en documento oficial por destino*, La Ley 1996; el mismo, *Falsedades documentales. Concepto de documentos*, La Ley 1998; el mismo, *El delito continuado y la falsedad documental*, La Ley 2001; VARONA GÓMEZ, *Estafa y falsedad en títulos valores: (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Navarra 2002; VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, AP 1996; el mismo, *La falsedad documental, análisis jurisprudencial*, Barcelona 1999.

FALSIFICACIÓN DOCUMENTAL

El Capítulo II del Título XVIII trata de las «falsedades documentales», que a su vez se tipifican en tres Secciones según el tipo de documento sobre el que recaen, variando en función de ello las modalidades delictivas y las penas. Objeto material común a todos los tipos recogidos en este Capítulo es el documento, de cuyo concepto nos vamos a ocupar seguidamente.

CONCEPTO DE DOCUMENTO

En un sentido amplio, documento es toda materialización de un dato, hecho o narración o, dicho de forma más precisa, todo objeto que sea capaz de recoger algún dato o una declaración de voluntad o pensamiento atribuible a una persona y destinado a entrar en el tráfico jurídico. Una definición parecida se recoge en el art. 26 del Código penal:

> «A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

La importancia del documento en el tráfico jurídico es tal que puede considerarse que, más que la fe pública o la propia seguridad en el tráfico jurídico fiduciario (véase *supra* capítulo XXX), es la *funcionalidad del documento* mismo (en sus distintas formas de aparición en las relaciones jurídicas) el verdadero bien jurídico protegido en estos delitos. En este sentido se manifiesta García Cantizano (1994, pp. 118 ss.), que destaca estas tres cualidades básicas en el documento: 1º) ser un medio de *perpetuación* y constatación del contenido; 2º) ser un medio de *garantía* de quién es su autor; 3º) servir, finalmente, como instrumento de *prueba* de ese contenido. De estas tres cualidades se derivan los siguientes elementos del concepto de documento:

1º) Según el art. 26, el documento requiere un *soporte material* susceptible de incorporar algún dato, hecho o narración, que es lo que le da al documento su cualidad de *perpetuidad* o posibilidad de retener lo que en él se materializa por un tiempo relevante. Es indiferente la materia de que esté hecho el soporte; lo mismo puede ser un papel, una madera, un trozo de tela, una piedra, una pared o un disquete de ordenador. El objeto en que se fija el dato, hecho o narración ha de ser, sin embargo, por esa característica a la que antes hemos aludido de la perpetuidad, idóneo para conservarlo durante cierto tiempo; no son, por tanto, soportes materiales idóneos para convertirse en documento objetos con escasa capacidad de perpetuación de los datos que a ellos se incorporen como la nieve o la arena. El soporte material del documento puede ser también *informático*. A efectos jurídicos, el *documento informático* o informatizado no plantea, pues, ninguna particularidad, tanto si está recogido en el disco duro de un ordenador, como si lo está en un disquete (STS 19 abril 1991; García Cantizano, 1994, p. 178, que rechaza la necesidad de la percepción visual a través de impresora del documento informático para ser considerado como tal; también Ruiz Vadillo, en Varios, 1995, pp. 167 ss. Sobre la inclusión de la materialización informática en el concepto de documento que da el art. 26, véase Villacampa Estiarte, 1996, pp. 49 ss.).

A la vista de la definición que da el art. 26, debe entenderse que la forma de materialización o incorporación de los datos, hechos o narraciones ya no ha de ser necesariamente escrita y, por tanto, debe entenderse por documento no sólo el documento *escrito*, sino cualquier otra forma de materialización de la realidad (de otra opinión, en Muñoz Conde, 10ª ed., p. 581). En el Código penal anterior, la doctrina dominante, a la vista de la falta de una definición de documento como la que ahora se contiene en el art. 26, entendía que el documento

tenía que ser escrito, basándose para ello en que los preceptos del Código civil y de las Leyes de Enjuiciamiento que regulaban la eficacia del documento exigían el carácter escrito del mismo. La evolución técnica y las propias necesidades de la praxis determinaron, todavía con la vigencia del anterior Código penal, un cambio en este entendimiento, llegándose a considerar también como documento otras formas de materialización de la realidad distinta a la escrita. En realidad, el concepto de documento es un concepto *poroso* y como tal abierto al futuro, admitiendo, por tanto, otras formas de materialización de los hechos distinta a la escrita, siempre que ello pueda tener alguna eficacia jurídica y acoger los demás requisitos que exige el concepto mismo de documento.

Es evidente que la falsedad puede recaer sobre objetos no necesariamente escritos, siempre y cuando sean obra humana y respondan a una manifestación de voluntad testimonial o probatoria, como, por ejemplo, la fotocopia amañada de una escritura, un plano rectificado, la suplantación de una fotografía por otra en un documento de identidad, etc. Si se estima, por tanto, que el documento no sólo es un medio de comunicación del pensamiento o de declaración de voluntad de una persona a otra, sino una materialización de cualquier otro dato o hecho, esta materialización no tiene necesariamente que producirse a través del signo escrito, cabe también que se realice a través de símbolos u otro tipo de expresiones. Piénsese, por ejemplo, en una placa de matrícula automovilística o en el dibujo o color que distingue un producto de otro. Obsérvese, sin embargo, que en el tráfico jurídico este tipo de medios de comunicación tiene normalmente un régimen jurídico y un alcance distinto al del documento escrito y que no todos los documentos escritos tienen la misma relevancia jurídica. De ahí que no todas las falsedades que recaen sobre documentos entendidos en este sentido amplio se encuentren tipificadas en el Capítulo que el Código dedica a las falsedades documentales propiamente dichas, o que no todas las falsedades sobre documentos escritos tengan la misma relevancia o incluso relevancia penal. Algunas de las falsedades que recaen sobre objetos simbólicos no escritos se encuentran tipificadas en otro lugar y no deben mezclarse con las falsedades que ahora nos ocupan. Precisamente, en el capítulo anterior hemos visto otras falsedades o falsificaciones que recaen sobre objetos que pueden calificarse de documentos, tales como la moneda o los efectos timbrados, pero que por su especial trascendencia económica o jurídica requieren de un tratamiento penal distinto al de la falsedad documental propiamente

dicha. Lo mismo ocurre con la falsificación de algunos signos distintivos de la propiedad industrial (cfr. por ej. art. 274,1 y lo dicho *supra* capítulo XXII). Sólo cuando las falsificaciones de alguno de estos objetos que también pueden calificarse como documentos no estén especialmente tipificadas puede plantearse el problema de su inclusión en las falsedades del Capítulo II del Título XVIII. Esto último creo que puede tener lugar cuando alguno de estos objetos simbólicos forme parte de un documento escrito y sirva o ayude a la plasmación de la declaración de voluntad que en él se contiene: por ejemplo, la fotografía en un documento de identidad (*documentos compuestos*). La falsificación de huellas dactilares, cintas de vídeo, fotografías, fotocopias, etc., puede constituir una falsificación documental si estos objetos por sí mismos expresan o incorporan datos, hechos o narraciones, bien directamente, bien en relación con un escrito como, por ejemplo, la suplantación de una fotografía por otra en el pasaporte o la falsificación de la firma legitimadora de una fotocopia.

Es indiferente la forma en que se expresen o incorporen los datos, bien por grabación directa de la voz, bien a mano o a máquina, en signos usuales o en clave, ideografía, etc. También es irrelevante el idioma; incluso una lengua muerta o los signos telegráficos pueden ser materializaciones escritas de un pensamiento. En estos casos será necesaria una interpretación del texto.

> Esta función de perpetuidad puede ser afectada por la destrucción, total o parcial, del documento; pero en este caso el hecho, si es cometido por el particular, debe ser tipificado como daño patrimonial (arts. 263 y 264) o, en el caso del funcionario o particular asimilado, por infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 y ss.; de otra opinión BACIGALUPO ZAPATER, 1996, p. 3, que considera que la conducta debe incluirse dentro del término «alterar» usado en el art. 390,1,1º y castigarse como falsedad documental).

2º) Aunque no se diga expresamente en la definición del art. 26, del número 3º del art. 390,1, que considera falsedad suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho, se desprende que el documento que refleje una determinada declaración de voluntad o pensamiento debe poder *atribuirse a una persona*; con ello el documento cumple otra de sus funciones: la de *garantía*. El documento anónimo no es, por tanto, como tal, documento a efectos penales, aunque puede llegar a serlo si forma parte de un expediente, sumario, etc., y en la medida en que alguien (el Juez, el denunciante, un funcionario) lo haya incorporado,

formando parte del documento al que se haya incorporado (véase *infra*: documento compuesto).

Es necesario, por tanto, que de algún modo, normalmente mediante la firma o rúbrica, se pueda atribuir el documento a alguien, aunque ese alguien realmente no exista o sea en realidad una persona distinta del que realmente confecciona el documento. Esto no quiere decir que el que confeccione materialmente el documento y el que lo suscriba tengan que ser siempre el mismo. Puede suceder que sea uno el que redacte el documento y otro el que lo suscriba o que lo suscriban varios o que incluso se firme con la autorización de otro. Lo importante es que se atribuya a alguien como «declarante» de voluntad y no simplemente como redactor material o, como dice GARCÍA CANTIZANO (1994, p. 121), que se demuestre una concreta relación jurídica entre una declaración documental y la persona que aparece en el documento como declarante.

3º) El documento ha de estar destinado a entrar en el tráfico jurídico y tener *eficacia probatoria o algún tipo de relevancia jurídica*. Puede darse el caso de que un escrito no esté destinado, inicialmente, a entrar en el tráfico jurídico, pero que le venga después esta calidad; entonces no adquiere la categoría de documento hasta ese momento (documento ocasional distinto del intencional). Así, por ejemplo, una poesía o un texto literario pueden considerarse documento desde el momento en que se incluyan en un sumario como prueba del estado mental de su autor o de un delito de injurias, y lo mismo puede suceder con la correspondencia entre dos amantes que se incluye posteriormente como prueba de un adulterio en un proceso de divorcio.

No es suficiente, sin embargo, que el documento esté destinado por su autor o por un tercero a entrar en el tráfico jurídico, es preciso también que el documento sea *adecuado objetivamente para tener efectos probatorios o algún tipo de relevancia jurídica*. No tiene esta cualidad el documento absolutamente nulo, con nulidad de pleno derecho, cuando falta alguno de los elementos esenciales para su existencia jurídica (testamento ológrafo escrito a máquina) o cuando contradice una disposición legal de interés público conteniendo algún negocio ilícito o inmoral. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este requisito es necesario para atribuir al documento esta categoría respecto al negocio o acto jurídico que constituye su contenido, pero es irrelevante para poder considerarlo documento a otros efectos: por ejemplo, como documento en un proceso.

Tampoco tiene esta cualidad el documento sin contenido alguno, en el que no figura ni una declaración de voluntad ni un testimonio. Por ello carece del carácter de documento el papel firmado en blanco (el abuso de firma en blanco puede constituir, sin embargo, la estafa del art. 250,1,4º o el delito de administración fraudulenta del art. 295). La simple copia y la fotocopia de un documento original tampoco son adecuadas para producir efectos jurídicos, a no ser que hayan sido legitimadas por un Notario o que particularmente las partes estén de acuerdo en atribuirles efectos jurídicos (cfr. arts. 1220 y 1221 Cc).

La relevancia jurídica y el efecto probatorio del documento dependen también, como seguidamente vamos a ver, de la clase del mismo.

> En general, la doctrina y la jurisprudencia acogen, aunque con distintas matizaciones, el concepto de documento que se acaba de exponer y que tiene su base en la definición que da el art. 26, a la que alguno critica que no haga referencia expresa a la necesidad de que materialice la declaración de voluntad de alguien (así, por ej., ECHANO, en Compendio, p. 772, considera que no es documento el contador del agua y que, por tanto, no constituye falsedad su alteración) o que se equipare la eficacia probatoria con cualquier otro tipo de eficacia jurídica (BACIGALUPO ZAPATER, 1996; GARCÍA CANTIZANO, 1997; QUINTERO, Comentarios, p. 294), pero lo cierto es que el art. 26 es una disposición general que se contiene en el Libro I con vocación de validez para todos los delitos donde se emplee este término y que, por tanto, excede del ámbito estricto de las falsedades documentales. De todos modos se puede decir que la definición resuelve la mayoría de los problemas interpretativos que ya se habían planteado durante la vigencia del anterior Código penal, que no tenía una definición general del documento, tales como si era preciso que fuera escrito (ahora ya hemos visto que cabe también el documento no escrito), o el soporte material del mismo (ya se admite que pueda ser un vídeo, una cinta magnetofónica, un diskette o el disco duro de un ordenador, etc.). Los demás problemas interpretativos, tales como la necesidad de la atribución a una persona o el contenido del documento cuya falsedad puede ser relevante, sólo se pueden resolver en relación con el tipo delictivo correspondiente (véase *infra*).

CLASES DE DOCUMENTOS

Ya hemos dicho que, según sea la clase de documento, varían las distintas modalidades de conductas tipificadas en el Código.

La clasificación fundamental los divide en públicos u oficiales y privados. Como una categoría intermedia entre los dos quedan los documentos mercantiles.

a) Son *documentos públicos* los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1216 Cc). El art. 317 LEC da una lista de estos documentos

que pueden reducirse a los notariales, judiciales y administrativos: escrituras públicas, certificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, actuaciones judiciales, etc.

La eficacia de estos documentos públicos es la que se dice en el art. 1218 del Código civil:

> «Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.
> También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros».

A los documentos públicos se asimilan los *oficiales*, que no son más que una clase de los públicos: los expedidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, cuando están legalmente facultados para dar fe (art. 317,5º LEC). También se consideran *documentos oficiales* las recetas médicas de la Seguridad Social y las necesarias para el despacho de estupefacientes y de cualquier otro medicamento cuya prescripción requiera dicha formalidad (cfr. Anexo a la Orden del Ministerio de la Gobernación de 11 de abril de 1977 y STS 11 junio 1982 con comentario de DELGADO LÓPEZ, pp. 751 ss.). Los despachos de los servicios de telecomunicación, en la medida en que sean realizados por la autoridad o funcionario encargado del servicio, pueden también considerarse documentos oficiales, aunque su falsificación tiene un régimen especial en el art. 394 (véase *infra*).

b) A efectos penales, se asimilan también a los públicos y oficiales los *documentos mercantiles*, es decir, los formados con arreglo al Código de Comercio y que, según él, tengan validez y efecto. En realidad estos documentos tienen la categoría de privados, pero dada su trascendencia para el tráfico jurídico el legislador los asimila en su tratamiento penal a los públicos. De aquí se deriva que sólo pueden tener ese tratamiento tan severo los documentos mercantiles de verdadera trascendencia o, como ya decía la vieja STS de 9 de abril de 1887, «los que hacen constar los derechos definidos en las leyes mercantiles, sin que quepa calificar de tales cualesquiera otros, aunque pasen como mercantiles entre los comerciantes», como por ejemplo, la correspondencia mercantil. La jurisprudencia ha considerado como documentos mercantiles a estos efectos, además de la letra de cambio, los libros de contabilidad, los cheques, pólizas de seguro (carta verde), talones de ventanilla, etc. Algún autor propone reservar este régimen penal especial sólo a los títulos-valores (así RODRÍGUEZ RAMOS), o excluir

expresamente de los mismos y asignarles el régimen de los documentos privados a las facturas (así GÓMEZ BENÍTEZ), pero la documentación mercantil es tan compleja y puede tener tan diferentes efectos que no se puede *a priori* decir cuáles de estos documentos merecen el tratamiento más severo que el Código penal dispensa a la falsificación de los documentos mercantiles.

c) Los *documentos privados* se caracterizan de una manera negativa: son todos los no incluidos en las anteriores categorías. El Tribunal Supremo ha incluido dentro de ellos las actas de un consejo de familia, las entradas de espectáculos, las facturas de compañías de electricidad, las facturas de talleres, los pagarés no procedentes de operaciones mercantiles, los cuadernos particionales de herencia, los contratos de arrendamiento o de compraventa privados, etc. También son documentos privados las escrituras defectuosas por incompetencia del Notario o por faltas en la forma (art. 1223 Cc). En este caso el documento público nulo puede ser considerado documento privado.

> De acuerdo con el art. 1225 del Código civil, «el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes».

Junto a la falsificación de estos documentos se castigan también en el Capítulo II la de otros documentos cuya inclusión en alguna de las categorías ya vistas es dudosa: los certificados, por lo que su falsificación se tipifica también en Sección independiente.

En principio, aunque el Código no lo diga expresamente, también puede subsumirse en este Capítulo la falsificación del documento extranjero: pasaporte, etc., siempre que tenga la cualidad de documento a efectos penales y produzca efectos en nuestro Ordenamiento jurídico.

Algunos de estos documentos son *documentos complejos*. Por tal se entiende en la doctrina aquellos documentos que están formados por varios documentos individuales que unidos de una manera ordenada y lógica materializan o prueban una declaración de voluntad o hecho de orden superior al contenido en cada documento particular: libros de Registro, libros de comerciantes, sumarios, protocolos, etc. De ellos se distinguen los *documentos compuestos*, que resultan de la unión del documento escrito con un objeto (el pasaporte o el documento de identidad respecto a la fotografía o a las huellas dactilares, véanse SSTS 30 marzo 1949, 27 septiembre 1952 y 8 marzo 1975).

La distinción entre los distintos documentos y la diferente trascendencia social y jurídica de cada uno de ellos repercute también en la amplitud de las acciones que se incriminan como falsificación de las mismas. Así, por ejemplo, la alteración de la verdad que implica toda falsificación se castiga casi siempre en la medida en que afecte a la *genuidad* del documento, es decir, siempre que se hace aparecer como autor o redactor del mismo a alguien que no ha participado en su realización, pero no en la medida en que afecte a la veracidad del mismo, sobre todo cuando se trata de un simple faltar a la verdad en la narración de los hechos que sólo es punible respecto a algunos documentos y en la medida en que sean realizados por determinadas personas (compárense, por ej., los arts. 390, 392 y 395 en relación con el supuesto 4º del art. 390,1; cfr. sin embargo, también los arts. 261, 290, 305, 308; para más detalles, véase *infra*: falsedad cometida por particular). Todo ello debe tenerse en cuenta a la hora de evitar generalizaciones sobre la relevancia penal de algunas falsedades que no se puede resolver sin tener en cuenta las particularidades del documento de que se trate, de la clase de falsedad o falsificación que se realice y del sujeto activo de la misma.

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS, OFICIALES Y MERCANTILES

Se regulan en la Sección primera del Capítulo II. El Código distingue según la falsificación sea llevada a cabo por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones o por el particular, castigando también el uso del documento falso.

A) FALSIFICACIÓN COMETIDA POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

> Art. 390: «1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:
> 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
> 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
> 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.
2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil».

Tipo objetivo

Sujeto activo es la autoridad o el funcionario público «en el ejercicio de sus funciones». El concepto de autoridad o funcionario público, a efectos penales, lo da el art. 24 del Código penal (véase *infra* capítulo XLI). El apartado 2 del art. 390 castiga con las mismas penas al responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores «respecto de actos y documentos que puedan producir efectos en el estado de las personas o en el orden civil», como, por ejemplo, matrimonios, filiación, etc.

Es necesario, además, que la falsificación se realice por la autoridad o funcionario «en el ejercicio de sus funciones». Aunque en el anterior Código penal se decía «abuso de su oficio» no creo que la nueva fórmula haya cambiado sustancialmente la dogmática elaborada sobre la anterior redacción. La autoridad o funcionario no puede cometer otra falsedad en el ejercicio de su función que la que se realiza con abuso de su oficio. Cuando el funcionario, al falsificar el documento, no abusa de sus atribuciones tiene la categoría de particular, aunque puede aplicársele la agravante de prevalimiento (art. 22,7ª). Esto, como veremos después, es muy importante para delimitar la tipicidad de las acciones de falsedad documental que la autoridad o funcionario puede cometer en el ejercicio de sus funciones.

De aquí se deduce que en los casos de incompetencia absoluta del funcionario (un Notario falsifica una sentencia o un Juez un acta notarial) no puede aplicarse el art. 390. Más dudosa es la cuestión en los casos de incompetencia relativa (falta de jurisdicción, incompatibilidad personal, etc.); la doctrina dominante se inclina, sin embargo, por incluirlos también en la falsedad cometida específicamente por la autoridad o funcionario, por tanto, en el actual art. 390.

Para describir la *acción* el Código menciona cuatro modalidades que, salvo la citada en el número 4º, sirven de referencia también para las falsificaciones cometidas por los particulares y las falsedades en documentos privados. Las diversas acciones típicas suelen clasificarse tradicionalmente en falsedad *material* y falsedad *ideológica*.

La falsedad material consiste en la alteración o creación, total o parcial, de un documento, atentándose a la genuidad o legitimidad de ese documento, aunque no a su veracidad.

La falsedad ideológica consiste en la aseveración de lo que no es verídico, aunque el documento sea legítimo. Falta la veracidad, pero no la legitimidad.

Los supuestos 1º y 2º son falsedades materiales. Los supuestos 3º y 4º son falsedades ideológicas.

Como ya se ha dicho, la descripción de las conductas contenidas en el art. 390 sirve de punto de referencia para las falsedades cometidas por los particulares bien sobre los mismos documentos públicos, oficiales o mercantiles (art. 392), bien sobre documentos privados (art. 395); pero en estos casos no cabe la conducta descrita en el número 4º del art. 390,1. Tampoco puede la autoridad o funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, cometer todas las falsedades descritas en el art. 390 o, por lo menos, no en la forma en que se expresa la literalidad de algunos de los supuestos, porque, como anteriormente ya se ha indicado, el art. 390 requiere que el funcionario realice la falsedad en relación con algún acto propio de su función, y no es éste el caso cuando el funcionario raspa, por ejemplo, una fecha o borra una cifra de un documento hecho por otro correctamente (por ej., el oficial del Juzgado altera la cantidad que figura en la sentencia condenatoria de un amigo suyo; o el bedel de la Universidad cambia las notas de una certificación académica que un alumno le encargó que le sacara). Otra cosa sería cuando es el propio funcionario el que tiene que inscribir o redactar el documento y al hacerlo altera su contenido o refleja un contenido que no se corresponde con la realidad (cfr. ECHANO, en Compendio, p. 789).

No tiene, por consiguiente, mucho sentido hacer un examen particularizado de cada una de las modalidades descritas en el artículo 390, porque ese examen, aislado de la problemática propia de la falsedad a que pertenece, puede llevar a interpretaciones excesivamente amplias a las que, desde luego, no se opone el tenor literal legal. No obstante, se pueden indicar algunas particularidades importantes de algunas de las modalidades descritas en el art. 390, advirtiendo que algunas de éstas son intercambiables, ya que tratándose del funcionario lo relevante es el abuso de la función que éste realiza, siendo accesoria la modalidad falsaria que concretamente lleva a cabo.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere a las falsedades que consisten en la constatación falsa de un hecho (números 3º y 4º del art. 390,1) cabe la *comisión por omisión*, que difícilmente cabe en las falsificaciones materiales. Sucede esto en los casos en los que se omite consignar en el documento un dato por la persona obligada a ello: el Notario omite, por ejemplo, al redactar la escritura, recoger algún extremo declarado por las partes o la participación en el acto de una determinada persona, lo que a su vez implica faltar a la verdad en la narración de los hechos (en este sentido BACIGALUPO ZAPATER, en Homenaje a Ruiz Vadillo, p. 70; de otra opinión, ECHANO, en Compendio, p. 794, que restringe la modalidad omisiva al nº 4).

En los casos de alteración de un documento (art. 390,1,1º), la falsedad ha de recaer sobre un extremo esencial, sustancial del documento. En general, se puede decir que se altera la esencialidad del documento cuando la acción falsaria recae sobre alguna de las funciones del documento a las que hemos aludido anteriormente, es decir, la función de perpetuidad, la de garantía o la probatoria. La esencialidad del elemento documental se deriva también de la naturaleza del hecho que materialice: así, por ejemplo, la mayoría o la minoría de edad (el tener o no cumplidos los 18 años) es normalmente un elemento importante en relación con un documento en el que se materializa una disposición de bienes para la que se requiere ser mayor de edad; igual el estado civil de casado o soltero para contraer matrimonio, etc. Sin embargo, el tener 35 ó 40 años carece, en principio, de trascendencia jurídica, y mentir sobre ello o no cerciorarse expresamente de este extremo también carece de relevancia penal para el delito de falsedades.

En el art. 390,1,2º se tipifica simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad: hacer que alguien firme un documento distinto al que cree que está firmando, o rellenar el documento firmado en blanco con una declaración distinta a la autorizada o previamente pactada. Pero también se puede realizar esta modalidad alterando un documento auténtico (introduciendo, por ej., una firma falsa al pie de un documento), que convierte el documento auténtico en no auténtico y, por tanto, lo simula. E igualmente atribuir declaraciones a personas que no han participado en un acto (art. 390,1,3º) o cambiar el sentido de la voluntad del causante en la redacción de un testamento convierte al documento auténtico en la simulación del documento que no es (en este sentido GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 117). Por eso, tiene razón BACIGALUPO ZAPATER (en Homenaje a Ruiz Vadillo, p. 70) cuando dice que, en el fondo, todos los supuestos del art. 390 se pueden reconducir a éste. Pero lo importante en esta modalidad de falsedad cometida por funcionarios es que cabe siempre la falsedad ideológica en la medida en que el funcionario o autoridad, por razón de su oficio o cargo, esté obligado a reflejar la verdad, cosa que no siempre sucede en el caso del particular, en el que el supuesto de faltar «a la verdad en la narración de los hechos» queda expresamente excluido (cfr. arts. 392 y 395 e *infra*).

Tipo subjetivo

> Art. 391: «La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año».

Aunque en la regulación anterior se discutía si era o no punible la comisión imprudente de este tipo de falsificación documental por autoridad o funcionario, el Código penal de 1995 ha despejado definitivamente esta duda, tipificándola expresamente en el art. 391, y ello parece lógico, pues el deber de veracidad y de cerciorarse de la verdad afecta especialmente a los funcionarios encargados de dar fe pública mucho más que a los particulares. Así lo entendió la jurisprudencia durante la vigencia del anterior Código penal en casos como el del Notario que sin conocer a los comparecientes acredita el conocimiento (STS 22 mayo 1963), el del corredor de comercio que no se cercioró de la identidad y capacidad de las partes (STS 4 marzo 1975) y el del Inspector de la CAT que estampó en el acta unos datos suministrados por la empresa concesionaria sin comprobarlos personalmente, como era su deber (STS 12 diciembre 1975). En la STS 13 diciembre 1985 se castiga por falsedad imprudente al médico del Registro Civil que certifica como natural una muerte que evidentemente se había producido violentamente (véase comentario a la misma de DÍAZ Y GARCÍA). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la mayoría de los casos enjuiciados se trataban de evidentes conductas dolosas, pues el acreditar el conocimiento sin ser verdad es una conducta dolosa, independientemente de que ese no conocimiento fuera debido a falta de diligencia o a error del funcionario. El Notario no comete falsedad por no cerciorarse de la identidad de las partes con más o menos diligencia, sino porque sin conocerla certifica poseer este conocimiento. Sólo en

el caso en que crea de buena fe, pero con error vencible, que la identidad que se afirma es verdadera, cabe la incriminación por imprudencia, que, en todo caso, ha de ser grave para constituir delito, pues de lo contrario no pasaría del nivel de un ilícito disciplinario.

El art. 391 castiga de un modo general a la autoridad o funcionario público que por imprudencia grave cometiere alguna de las falsedades descritas en el art. 390, aunque obviamente esta posibilidad sólo será aplicable en los números 3º ó 4º, ya que los otros difícilmente pueden realizarse de esta forma. También castiga a la autoridad o funcionario que por imprudencia grave diere lugar a que otro cometa la falsedad. Se trata de una participación imprudente en un delito doloso (el de la falsedad que comete el particular, ya que éste sólo puede cometer falsedad dolosamente); la posibilidad de que también quepa apreciar este delito cuando la falsedad del otro (particular) sea imprudente extendería en demasía el tipo y los deberes que le sirven de base, además de estar en contradicción con el principio de la accesoriedad de la participación que exige que por lo menos el hecho principal sea doloso.

Participación

Se siguen las reglas generales. Si el autor material es un funcionario inducido por un particular, a éste se le castiga por participación en el art. 390. Si es al revés, el funcionario responde por el art. 392, es decir, por el delito de falsificación cometido por el particular, que seguidamente vamos a ver. En el caso de que el particular sea inductor o cooperador necesario, podrá aplicarse el art. 65,3.

B) FALSIFICACIÓN COMETIDA POR PARTICULARES

> Art. 392: «El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

Tipo objetivo

Sujeto activo es el particular, o la autoridad o funcionario público que no actúa en el ejercicio de sus funciones, aunque se prevalezca de su cargo, lo que, en todo caso, puede ser valorado con la agravante de

prevalimiento (art. 22,7ª; véase lo dicho *supra*: falsedad cometida por autoridad o funcionario público).

Objeto material es un documento público, oficial o mercantil. Este último, como ya se ha dicho, se equipara a los públicos u oficiales cuando tenga especial trascendencia en el ámbito mercantil y haga constar derechos definidos en las leyes mercantiles. En el documento mercantil se incluyen la letra de cambio, los cheques, los libros de contabilidad, las tarjetas de comprador, talones de cuenta corriente, cartas de porte, etc.

En orden a la acción hay que recordar lo dicho anteriormente respecto a la descripción de conductas contenidas en el art. 390, al que se remite el art. 392 salvo en lo que se refiere a la modalidad de «faltando a la verdad en la narración de los hechos», que, como ya dijimos, queda excluida expresamente de la falsedad punible cometida por particular. Sin embargo, esta tajante declaración legal debe ser matizada y comprobarse hasta qué punto tiene el alcance que, en principio, parece derivarse de su tenor literal.

Excurso: Alcance de la despenalización de la modalidad de faltar «a la verdad en la narración de los hechos» en la falsedad cometida por particular

En principio, parece claro que, a diferencia de lo que sucede con la autoridad o el funcionario en el ejercicio de sus funciones, el particular no está obligado jurídicamente a declarar siempre la verdad. Y cuando lo está, normalmente la conducta falsaria constituye ya de por sí un delito autónomo contra la Administración de Justicia (arts. 458 y ss.: falso testimonio); estafa (bien genérica: art. 248; bien específica: art. 251,1º); delito societario (art. 290: falseamiento de documentos sociales); presentación de datos falsos relativos para lograr una declaración de insolvencia (art. 261); delito fiscal (art. 305); y algunos pocos delitos más (en este sentido Gómez Benítez, Ferré Olivé, Núñez Castaño). Esto significa que la voluntad del legislador es dejar impune los demás casos no tipificados expresamente, lo que ha sido criticado por algún sector doctrinal (Echano, en Compendio, p. 804; García Cantizano, 1997, p. 134); pero, en verdad, una vez tipificados como delitos autónomos los casos más graves, no parece que se puedan producir grandes lagunas de punibilidad; en todo caso, siempre quedará la posibilidad de poder incluir algunos de ellos en los números 2º y 3º del art. 390,1, como puede suceder cuando se supone la intervención en un acto (por ej., en una reunión del Consejo de administración de una sociedad) de personas que no han estado presentes en él, o se les atribuyen declaraciones diferentes a las que hubieran realizado. Más criticable es, sin embargo, que queden despenalizadas de forma general las declaraciones falsas que haga un particular ante un funcionario encargado de constatarla documentalmente. En

este caso el funcionario queda impune si se limita a constatar lo que el particular dice sin entrar en la veracidad de ello. Así, por ejemplo, el Notario que refleja que el piso vendido vale 100.000 euros, cuando en realidad vale 200.000, no responde por falsedad dolosa, aunque quizás por la imprudente del art. 391 si la imprudencia que comete al no cerciorarse de la veracidad de lo afirmado por las partes es grave y siempre que ello pueda estimarse como una falsedad que afecte a algún extremo esencial del documento, lo que es discutible porque el particular, a tenor de lo dispuesto en el art. 392, no responde por falsedad cuando falta «a la verdad en la narración de los hechos», aunque puede responder por otro delito (fiscal, estafa, etc.; en este sentido QUINTERO, Comentarios, p. 1742; sobre la regulación anterior, véase ECHANO, 1989, p. 268). BACIGALUPO ZAPATER (en Homenaje a Ruiz Vadillo, pp. 71 ss.) considera, además, que la despenalización para los particulares del supuesto de faltar «a la verdad en la narración de los hechos» se debe extender a todas aquellas formas de realización de los otros supuestos que puedan ser consideradas como una simple variedad de esta conducta. Ello no parece, sin embargo, que haya sido la voluntad del legislador, por más que, como decíamos antes, las diferencias entre los tres primeros supuestos citados en el art. 390,1 y el cuarto del mismo precepto no sean siempre demasiado claras. También parece discutible la tesis del citado autor respecto a que en el caso de que lo que se simule no sea el documento, sino el contrato que lo motiva (por ej., en el recibo auténtico que se da por el cobro de una cantidad se dice que ello es como pago de un arrendamiento de obra, cuando en realidad es una donación encubierta), no es aplicable el número 2 del art. 390,1, pues no hay un deber de veracidad respecto a la causa de un negocio jurídico. En apoyo de esta tesis podría aducirse que cuando el legislador ha querido castigar expresamente la simulación del contrato lo ha elevado a la categoría de delito independiente (cfr. art. 251,3º). Pero cuando no sea aplicable este delito específico, y en la medida en que la declaración del contrato realmente realizado sea jurídicamente relevante, la simulación del contrato afectará también a la autenticidad del documento, por lo que no creo que pueda descartarse automáticamente la apreciación de una falsedad documental por esta vía. Así, por ejemplo, a efectos fiscales no tiene el mismo tipo de gravamen un contrato de donación que uno de compraventa; y a efectos de determinar si hubo una insolvencia fraudulenta no es igual que la transmisión de bienes se hiciera a título oneroso o gratuito. Cosa distinta es, sin embargo, que por la vía del concurso de leyes la falsedad documental realizada a través de la simulación del contrato quede absorbida por el delito fin (por ej., un alzamiento de bienes; véase a este respecto, DE VICENTE REMESAL, MUÑOZ CONDE, 1999, p. 216; a favor de la punibilidad autónoma de la falsedad documental en estos casos, STS 28 noviembre 1998 —caso Filesa—; a favor de la impunidad BACIGALUPO ZAPATER, en Homenaje a Ruiz Vadillo, y STS 26 febrero 1998 —caso Argentia Trust—; JAÉN VALLEJO, p. 1013; QUERALT, 2004, p. 1146).

No hay, en cambio, a mi juicio, falsedad típica en la conducta del particular que asume la autoría de un escrito, confeccionado materialmente por otro, y lo presenta como suyo (por ej., un trabajo literario o científico), pues la autenticidad del documento, como atribución del mismo a la persona que lo suscribe, está fuera de toda duda, por lo que mal puede darse el supuesto

previsto en el nº 2º del art. 390,1 al que se remite el art. 395 («simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad»), pues lo importante para la autenticidad de un documento es, como ya dijimos anteriormente, que el documento se atribuya a alguien como «declarante» de voluntad y no simplemente como redactor material, y ello independientemente de que, en su caso, el hecho pueda constituir otro delito.

Del tenor literal del art. 392 tampoco se puede deducir automáticamente que todas las demás falsedades descritas en los tres primeros números del art. 390,1 sean realizables por el particular. Así, por ejemplo, una interpretación literal del número 1º del art. 390,1 («alterando un documento») puede llevar a considerar falsificación la de la propia firma, cuando el aceptante de una letra de cambio desfigura su rúbrica usual con objeto de oponer en su día la tacha de falsedad en el ejecutivo (SSTS 8 agosto 1939, 26 enero 1968 y 22 septiembre 1997; cfr. CÓRDOBA III, p. 893). Ya en relación con el Código penal anterior, QUINTANO (IV, pp. 632 y 654) se mostraba partidario de esta postura jurisprudencial, argumentando con la falta de genuidad del documento que se producía con este tipo de falsificación. Sin embargo, FERRER (III, p. 341) consideraba, por el contrario, que no existe falsedad. Creo preferible esta última tesis, pues, aunque literalmente una conducta de este tipo encaje en el tenor literal del número 1º del art. 390,1, no se altera ningún elemento o requisito esencial del documento, ya que ni se confecciona uno falso, ni se altera uno verdadero, ni se constata un hecho falso. La maniobra engañosa que la desfiguración de la letra constituye puede castigarse, igual que otros muchos engaños que no realizan el tipo de la correspondiente falsedad documental, como estafa (en este sentido VARONA GÓMEZ, pp. 97 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, p. 486; y el voto particular del magistrado BACIGALUPO en la STS 22 septiembre 1997). Sin embargo, ningún problema habría en admitir un delito de falsedad en este supuesto en el caso de funcionarios (por ej., Notarios), con firma registrada, conocida o legalizada, con una forma o rúbrica determinada que no puede ser modificada arbitrariamente.

Tampoco hay falsedad en documento público u oficial cuando el particular redacta o confecciona un documento de esta clase (una sentencia, una escritura notarial), ya que el documento así falsificado es nulo y carece de efectos jurídicos, por lo que sólo puede venir en consideración como documento privado (cfr. CÓRDOBA III, p. 889).

Tipo subjetivo

En relación con los particulares sólo es punible la comisión dolosa, ya que no existe una previsión expresa como la del art. 391.

Participación

En las falsedades materiales el particular es autor directo y material, alterando la firma, borrando unas fechas, etc. En las falsedades ideológicas, el art. 392 excluye expresamente de su ámbito típico la modalidad 4ª del art. 390,1, por lo que el particular que falta a la verdad en la narración de los hechos que realiza ante el funcionario que tiene que documentarlos no responde por falsedad, aunque quizás por algún otro delito (véase lo dicho *supra*).

C) USO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS, OFICIALES O MERCANTILES FALSOS

> Art. 393: «El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores».

La falsificación de un documento desemboca naturalmente en su uso. Por eso, si el uso es llevado a cabo por el propio falsificador, es un acto posterior impune.

El Código castiga el uso llevado a cabo por el no falsificador si es para perjudicar a otro o si lo presenta en juicio. La primera modalidad se incrimina en razón del perjuicio económico que puede causarse. La importancia de la prueba documental en un proceso determina que el uso del documento falso se castigue expresamente; en el caso de que el documento falso se utilice para perjudicar a otro y el perjuicio se produzca efectivamente habrá además el correspondiente concurso ideal-medial con la estafa.

Concurso

La falsedad documental, en cualquiera de sus modalidades (se exceptúa, en la cometida por particular, la del número 4º del art. 390,1), entra frecuentemente en concurso con la estafa, de la que normalmente la falsedad es un medio, por lo que serán aplicables las

reglas del art. 77 (cfr. STS 2 marzo 1979). Y lo mismo ocurre con la relación entre falsedad y malversación, apropiación indebida, etc. La cuestión ya no es tan clara respecto al delito fiscal, ya que la falsedad documental (por ej., la confección y posterior utilización de una factura falsa para defraudar en el IVA) no sólo es un medio necesario para realizar dicho delito, sino que sólo tiene repercusión en ese ámbito ya cubierto por la punibilidad del delito fin; pero, aun admitiendo que en este supuesto (y quizás en algún otro como por ej. la bigamia y otros delitos contra el estado civil) la falsedad quede absorbida por el delito fin, si éste por cualquier causa no se castiga, la falsedad debería recobrar su autonomía punitiva, salvo que expresamente se diga lo contrario, como sucede en los arts. 305,4, 307,3 y 308,4, en relación con la *regularización fiscal* (cfr. *infra* capítulo XLIII: delitos contra la Hacienda pública).

Si se trata de una falsedad ideológica realizada por particular, el hecho sólo se puede castigar, como ya se ha visto, por el delito (estafa, delito fiscal, fraude de subvenciones, etc.) que se realiza a través de dicha falsedad; y si la falsedad ideológica es llevada a cabo por declaración de testigos o peritos en un proceso, se dará el correspondiente delito de falso testimonio.

En la falsedad documental la jurisprudencia aprecia el delito continuado (cfr. STS 16 febrero 1982).

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS

La Sección 2ª del Capítulo II está dedicada a esta modalidad de falsificación. En el Código se distingue entre:

A) FALSIFICACIÓN

> Art. 395: «El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Tipo objetivo

El objeto material es el *documento privado*. Como ya se dijo antes, este tipo de documentos se caracteriza por su carácter residual: documento privado es el que no es público, oficial, mercantil o certificado (véanse SSTS 12 diciembre 1974 y 18 noviembre 1975).

En realidad, casi toda la problemática del concepto de documento gira en torno a la conceptuación del documento privado, pues los documentos públicos, oficiales, mercantiles, de telecomunicaciones o certificados tienen unos caracteres y notas bastante precisos y delimitados. No sucede así, por el contrario, con el documento privado, en el que su propia naturaleza residual hace más imprecisos sus contornos. Por lo pronto, la forma de materialización puede ser mucho más amplia y variada que respecto a los otros tipos de documentos, ya que la materialización de ideas o declaraciones de voluntad entre particulares no está sujeta *a priori* a determinadas formalidades, como sucede, por ejemplo, con los documentos públicos. Lo importante es que pueda incluirse dentro del concepto que da el art. 26 (cfr. *supra*). Respecto al requisito de la recognoscibilidad espiritual del autor, ésta no tiene por qué ser necesariamente de tipo material, bastando con que el documento pueda atribuirse «espiritualmente» a una persona como su autor, aunque en la firma figure un nombre ajeno o imaginario.

Respecto a la *acción*, el art. 395 se remite a las modalidades ejecutivas descritas en el art. 390,1, salvo en lo que se refiere al número 4º: el relato de hechos falsos en un documento privado auténtico no puede considerarse, por consiguiente, encuadrable en el art. 395. Tampoco cabe de hecho el supuesto 3º del art. 390,1, pues, como dice BACIGALUPO ZAPATER (1996, p. 3), «en un documento privado sólo se puede suponer la intervención de una persona que no la ha tenido falsificando su firma (art. 1225 Cc), con lo cual el hecho se subsumirá necesariamente en el art. 390,1,2º».

Cuando el documento privado adquiera la cualidad de documento público por destino o incorporación, la falsedad que sobre él recae, una vez adquirida esta cualidad, es falsedad en documento público (véanse SSTS 18 noviembre 1974, 24 enero y 18 abril 1975 y 8 octubre 1980).

Tipo subjetivo

A diferencia de la falsificación de documentos públicos, oficiales o de comercio, la falsificación de documentos privados sólo es delito si se hace *para perjudicar a otro*.

B) USO

> Art. 396: «El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores».

Lo dicho respecto al uso de documentos públicos, oficiales o mercantiles, es aplicable aquí.

Concurso

La relación concursal entre la falsedad en documento privado, en su doble modalidad de falsificación y uso, con la estafa es bastante compleja por la expresa mención del perjuicio en los arts. 395 y 396. Igualmente la modalidad de presentación en juicio del documento falso puede ser también constitutiva de una estafa procesal. El Tribunal Supremo se inclina, en principio, por la absorción de la falsedad en documento privado por la estafa, a no ser que la falsedad tenga igual o mayor pena, castigando entonces sólo por la falsedad (véase STS 7 octubre 1974). La cuestión es más complicada por lo que se refiere a la relación entre la falsedad y la estafa de otorgamiento de contrato simulado (art. 251,3º), pues este tipo de estafa no es más que una modalidad falsaria defraudatoria, pero tiene, sin embargo, asignada una pena superior a la falsedad del documento privado. En todo caso, no se puede estimar la absorción de la falsedad en la estafa de un modo general y más bien debe optarse por el criterio de la alternatividad (art. 8,4º), apreciando el delito que tenga asignada la pena más grave, aunque con ello pueda darse la paradoja de que el perjuicio patrimonial en cuantía constitutiva de una simple falta de estafa pueda ser castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si se ha producido a través de una falsificación de documento privado (véase GARCÍA CANTIZANO, en VARIOS, 1995).

FALSIFICACIÓN DE DESPACHOS TRANSMITIDOS POR LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIÓN

Esta falsificación se tipifica en el art. 394, en la misma Sección que la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles.

Aunque el despacho telegráfico y otros de la misma índole transmitidos por los servicios de telecomunicación y expedidos por una autoridad o funcionario público pueden asimilarse a un documento oficial, la escasa trascendencia probatoria en lo procesal de este tipo de documentos ha hecho aconsejable un tratamiento separado de su

falsificación y una mayor benignidad de las penas con las que se castiga.

En el Código se distingue entre la falsificación y el uso.

A) FALSIFICACIÓN

> Art. 394: «1. La autoridad o funcionario público encargado de los servicios de telecomunicación que supusiere o falsificare un despacho telegráfico u otro propio de dichos servicios, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años».

Sujeto activo sólo puede serlo la autoridad o funcionario público encargado del servicio de telecomunicación. La falsificación llevada a cabo por otra persona es atípica. Así, por ejemplo, no constituye este delito entregar al funcionario el texto de un telegrama en el que se afirma algo falso, o el poner un nombre distinto del de la persona que realmente lo remite.

Las modalidades de la conducta, falsificar o suponer, se pueden reducir, pues, a:

1º) Creación de un despacho telegráfico imaginario.

2º) Constatación falsa del texto entregado.

3º) Alteración de alguna de las indicaciones esenciales del despacho telegráfico, como fechas, contenido o lugar de la expedición.

B) USO

> Con la pena inferior en grado a la del falsificador se castiga al «que, a sabiendas de su falsedad, hiciere uso del despacho falso para perjudicar a otro» (art. 394,2).

FALSIFICACIÓN DE CERTIFICADOS

La Sección tercera del Capítulo II regula la falsificación de certificados. Al igual que en el despacho telegráfico, no es muy clara la naturaleza de estos documentos. Los expedidos por funcionario público tienen desde luego la categoría de oficiales, pero no así cuando el que lo realiza no tiene esta cualidad. Sin embargo, la peculiaridad de este tipo de documentos en el tráfico jurídico hace obligada la incriminación de su falsificación en tipos específicos.

Se distingue según sea realizada por facultativo, funcionario público o particular.

a) Cometida por facultativo

> El art. 397 impone la pena de multa de tres a doce meses al «facultativo que librare certificado falso».

La trascendencia del certificado médico es evidente. El precepto se refiere al facultativo particular, pues si fuera un funcionario público sería aplicable el art. 398.

En el anterior Código penal se exigía la finalidad de eximir a una persona de algún servicio público. De aquí se deducía que los certificados médicos falsos realizados sin esta finalidad, sino para la obtención de algún cargo, para participar en una oposición, sacar el carné de conducir, etc., eran impunes, por atípicos. En el Código penal de 1995 esta tesis carece de apoyo legal.

b) Cometida por autoridad o funcionario público

> Con la pena de suspensión de seis meses a dos años castiga el art. 398 a la «autoridad o funcionario público que librare certificación falsa».

El abuso de oficio va implícito, como se exige en las demás falsificaciones realizadas por funcionarios. Es un delito puramente formal, no se exige ningún propósito específico. Basta sólo con que el certificado no concuerde con la realidad de la situación que acredita. En este caso no está específicamente prevista la comisión imprudente.

c) Cometida por particular

> Art. 399: «1. El particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.
> 2. La misma pena se aplicará al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación falsa».

La conducta descrita en el apartado 1 debe entenderse como una conducta de falsificación material. En el apartado 2 es necesario que el sujeto actúe «a sabiendas» de que el certificado es falso. Como ya

se ha dicho repetidas veces, si es el propio falsificador del certificado quien lo usa, el uso es entonces un acto posterior impune.

DISPOSICIÓN GENERAL

En el Capítulo III del Título XVIII, y bajo el nombre de «Disposición general», se recoge en el art. 400 la punibilidad de algunos actos de carácter preparatorio a la realización de alguna de las falsedades descritas en los Capítulos anteriores de este Título. Dice el art. 400:

> «La fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores».

SECCIÓN SEGUNDA
DELITOS CONTRA EL ESTADO

La coronación de la estructura política y jurídica de la sociedad es el Estado. Así ha sido y así es, lo que no quiere decir que tenga que seguir siendo siempre así por los siglos de los siglos. El Estado no es más que la superestructura de un determinado tipo de sociedad incapaz por sí misma de organizar la convivencia de un modo pacífico. En la medida en que el orden social fuera autosuficiente podría prescindirse del Estado. Hoy por hoy debe aceptarse, sin embargo, que existe un orden jurídico garantizado por el Estado, aunque esa aceptación no supone una aceptación acrítica del orden que el Estado mantiene.

De la existencia del Estado se derivan una serie de intereses que el mismo Estado protege, incluso más fuertemente que otros valores comunitarios y personales, amenazando con pena su lesión o puesta en peligro. Los límites de esta protección los fija naturalmente el Estado mismo, aunque como enseguida veremos no de un modo absoluto, sino dentro de unos parámetros y principios que son los que caracterizan, en líneas generales, las bases del Estado social y democrático de Derecho, como se define el Estado español en el art. 1 de la Constitución.

La clasificación y exposición de los distintos tipos de delitos contra el Estado que aquí se hace se lleva a cabo siguiendo, fundamentalmente, el sistema establecido en el Código penal de 1995, pero invirtiendo su orden de aparición, exponiendo, en primer lugar, los delitos contra las bases mismas del Estado (la Comunidad internacional, la paz, la independencia, su defensa, el orden público, etc.), para seguir después con los delitos que afectan a algunos aspectos o funciones específicas del mismo (como la Administración de Justicia, la Administración pública o la Hacienda Pública). Sin embargo, hay que advertir que ello no implica una discrepancia valorativa fundamental con el orden sistemático establecido en el Código, que es el seguido por la totalidad de las obras generales que se ocupan de esta materia (Manuales y Tratados) y, por supuesto, por los diversos Comentarios al mismo, sino sólo un recurso metodológico básico que es el que se debe de

emplear siempre que se trata de exponer sistemáticamente una materia tan fragmentaria y compleja como es la Parte Especial del Derecho penal, es decir, procediendo primero a exponer lo más general y básico para llegar después a lo más particular y específico. De acuerdo con este criterio podemos clasificar los delitos contra el Estado contenidos en el Código penal de 1995 y en algunas Leyes penales especiales del siguiente modo:

A) Por una parte, como miembro de la Comunidad internacional, el Estado debe respetar las normas del Derecho internacional y las limitaciones que se derivan de la existencia de otros Estados, también soberanos, también con sus propios intereses (*principio de la coexistencia pacífica*), de ahí que empecemos por el estudio de los delitos contra la Comunidad internacional (véanse *infra* capítulos XXXII y XXXIII).

Pero el Estado debe ajustar, además, su actuación a una serie de prescripciones y normas fundamentales, la llamada Constitución o Ley Fundamental, que informan o deben informar su Ordenamiento jurídico (*principio de la estatalidad jurídica o del Estado de Derecho*), de ahí que después de los delitos contra la Comunidad internacional estudiemos los delitos contra la base jurídica y política del funcionamiento del Estado: los delitos contra la Constitución (véanse *infra* capítulos XXXIV, XXXV y XXXVI).

> En relación con estos dos principios se pueden clasificar los delitos contenidos en los Títulos XXI a XXIV del Libro II del Código penal, invirtiendo el orden expositivo del mismo, sin que ello afecte en nada a su contenido, sino simplemente considerando, en primer lugar, que los delitos recogidos en el Título XXIV («Delitos contra la Comunidad Internacional»), como parte de una incipiente protección penal de la Comunidad internacional, deben ocupar la primacía siquiera teórica que merece la cada vez mayor importancia del Derecho internacional en el aseguramiento de la paz y de los derechos fundamentales. Luego trataremos los delitos recogidos en el Título XXIII («Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, y relativos a la defensa nacional»), que también afectan a la Comunidad internacional pero desde el punto de vista de la paz, la independencia y la defensa del Estado. Los delitos tipificados en el Título XXI («Delitos contra la Constitución») inciden ya directamente en el orden interno del Estado y en su Constitución, como instrumento jurídico y político básico para su funcionamiento.

Como tercer apartado de esta materia aparecen los «Delitos contra el orden público» del Título XXII, que recoge los delitos que inciden en la paz y tranquilidad de la vida ciudadana, el «orden público», cuya

protección es también tarea fundamental del Estado (véanse *infra* capítulos XXXVII y XXXVIII).

Excurso: El concepto de «delito político»

> En toda la materia citada en este apartado A) se observa inmediatamente el contenido fundamentalmente «político» de la mayoría de los delitos que la integran. En la medida en que la estructura política del Estado respete los principios antes señalados, el concepto de «*delito político*» no tiene por qué significar ningún salvoconducto para cometerlos, ni contener ninguna particularidad respecto a otros delitos que no tengan una connotación política directa. Sin embargo, la protección penal no garantiza, desde luego, la vigencia real ni el contenido material de estos principios. Ésta es una cuestión que no depende exclusivamente del Derecho penal. El Estado que protege sus intereses con el Derecho penal no es un ente abstracto, sino uno concreto, con una determinada Constitución y régimen político, fruto de la correlación de fuerzas sociales existente en cada momento histórico. Un Estado totalitario, negador de las libertades políticas fundamentales, que no reconoce los partidos políticos, que impide a la oposición política acceder al poder por los medios legales, es un Estado que engendra un Derecho penal totalitario y antidemocrático, porque lo utiliza como un arma más de defensa de sus intereses y de esa situación. La lucha contra un Estado de este tipo convierte al que lo intenta en un «delincuente», al que, por más que añadamos el calificativo de «político», nunca ahorraremos las medidas represoras punitivas que tiene que arrostrar por defender una alternativa política más libre.
>
> Pero tampoco se puede ignorar que a veces el calificativo de «político» se emplea para disfrazar o justificar los más brutales atentados terroristas contra la vida y la integridad de las personas cometidos por motivaciones políticas.
>
> La postura del penalista ante estos problemas no puede ser la de un juridicismo aséptico y descomprometido. El penalista debe ser consciente de la ambigüedad del concepto de «delito político» (cfr., por ej., art. 13 CE) y elaborarlo en función de un sistema de valores que no puede ser otro que el del Estado social y democrático de Derecho, como se define en el art. 1 de la Constitución de 1978. En un Estado de este tipo, la misión del penalista debe consistir, en esta materia, en profundizar la protección penal de las garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, procurando que el Derecho penal no sea utilizado para limitar o recortar el ejercicio de esos derechos, pero también condenando el empleo de la violencia como forma de consecución de fines políticos, tanto cuando se emplea contra el Estado, como cuando desde el Estado mismo se utilizan también medios ilegales violentos, aunque se disfracen con la apariencia de la legalidad.

B) Junto a los delitos que afectan al Estado como miembro de la Comunidad internacional, o a su orden político y jurídico básico, o a una de sus misiones: el mantenimiento del orden público, existen otros

que atacan sólo al correcto funcionamiento de una de sus funciones más importantes: la Administración de Justicia, en la que se materializa uno de los poderes del Estado, el Poder Judicial; y otros que atacan al Estado como organización burocrática o Administración pública. Tras los delitos citados en el apartado A), nos ocuparemos, por tanto, posteriormente de los delitos contra la Administración de Justicia (Título XX) y los delitos contra la Administración pública (Título XIX; véanse *infra* capítulos XXXIX, XL, XLI y XLII).

C) Y, finalmente, expondremos los delitos que atacan la intervención directa del Estado en el orden económico, u *orden económico en sentido estricto*, como una de las funciones básicas del moderno Estado social y democrático de Derecho, que son los recogidos en el Título XIV («Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social»), cuyo componente económico no debe hacer olvidar que son delitos que protegen al Estado en su incidencia en las relaciones económicas a través de la Hacienda Pública, la Seguridad Social o el control de las aduanas (véase *infra* capítulo XLIII).

DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

CAPÍTULO XXXII

Delitos contra el Derecho de Gentes. Genocidio. Delitos de lesa humanidad. Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Disposiciones comunes. Excurso: La adaptación del Código penal al Estatuto de Roma

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BASSIOUNI, *Derecho penal internacional*, traducción, notas y anexo de De la Cuesta Arzamendi, Madrid 1984; BELTRÁN BALLESTER, *El delito de genocidio*, CPC 1978; BLANC ALTEMIR, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona 1990; CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid 1995; GARCÍA SAN PEDRO, *Sobre el concepto de terrorismo*, RDPC 1992; JIMÉNEZ DÍAZ, *El delito de piratería acompañado de asesinato, homicidio o lesiones*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; LÓPEZ DE LA VIESCA, *Algunas consideraciones sobre el delito de genocidio*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; LUZÓN PEÑA, *Delitos contra jefes de otro Estado y personas internacionalmente protegidas*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Salamanca 1990; MAPELLI LÓPEZ, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Madrid 1973; MARTOS NÚÑEZ, *Piratería*, NEJ XIX, 1989; MEDINA ORTEGA, *Hacia una nueva sistematización de las figuras penales internacionales*, ADP 1964; MIAJA DE LA MUELA, *El genocidio, delito internacional*, Revista española de Derecho internacional 1951; PASTOR RIDRUEJO, *Los delitos contra el derecho de gentes en el Código de Justicia militar*, REDM 1960; PUIG PEÑA, *Delitos contra el derecho de gentes*, NEJ VI, 1954; SÁENZ DE PIPAON, *Delincuencia política internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid 1973; SAINZ CANTERO, *Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves*, Murcia 1971; SÁNCHEZ DEL RIO Y SIERRA, *La ratificación por España de los Protocolos Adicionales de 8 junio 1977 a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949*, REDM 1988; SILVA SÁNCHEZ, *Represión de los crímenes de guerra*, en La regulación internacional de los conflictos armados, Barcelona 1992; VARELA FEIJÓO, *El delito de genocidio*, en Temas Penales, Santiago de Compostela 1973; VARIOS, *Propuesta de modificación del Ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por*

España de los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, REDM 1990-1991; VARIOS, *Estudios de Derecho internacional humanitario*, REDM 1995.

Sobre el Código penal de 1995: AMBOS, *Hacia el establecimiento de un Tribunal Internacional permanente y un Código penal internacional*, AP 1998; el mismo, *El caso Pinochet y el Derecho aplicable*, RP 1999; AROZAMENA LASO, *El Tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia*, AP 1997; BAUTISTA JIMÉNEZ, *Los crímenes contra la Humanidad: estado de la cuestión*, en Conflicto social y sistema penal, Madrid 1996; CUERDA ARNAU, *El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Los delitos de genocidio en el Derecho penal español*, ICADE 1997; el mismo, *Reflexiones sobre los delitos de genocidio*, La Ley 1998; FERNÁNDEZ GARCÍA Y OTROS, *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional*, Barcelona 1998; GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia 2003; GARCÍA ARÁN/ LÓPEZ GARRIDO, *Crimen internacional y justicia universal. El caso Pinochet*, Valencia 2000; GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid 1999; GIMENO SENDRA, *La experiencia de los «juicios de Nüremberg» y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional*, La Ley 1998; GÓMEZ BENÍTEZ, *El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad*, RDPP 2000; el mismo, *Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, CDJ 2001; GÓMEZ RIVERO, *¿Aun un espacio de racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al estatuto de la Corte Penal Internacional*, RP 2004; IRIGOYEN FAJARDO, *Control penal y diversidad étnico-cultural*, en Conflicto social y sistema penal, Madrid 1996; LANDA GOROSTIZA, *El "Nuevo" Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación*, RP 2004; LAURENZO COPELLO, *Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, en Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, CDJ 1996; MARTÍ MINGARRO, *La Corte Penal Internacional y el derecho a la defensa*, RP 2004; MARTÍN CANIVELL, *Delitos contra la Administración de Justicia y faltas de conducta en el Estatuto de la Corte penal internacional*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, *¿Vencedores o vencidos?*, Valencia 2003; PAZ RUBIO, *Tribunal Penal Internacional*, en Homenaje a Ruiz Vadillo, Madrid 1999; PIGNATELLI Y MECA, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, Madrid 2003; RAGUÉS I VALLÉS, *¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad?*, RDPC 2001; POZO SERRANO, *Las órdenes del Tribunal internacional de justicia de 8 abril y del 13 de septiembre 1993*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; RODRÍGUEZ RAMOS, *La extradición de Pinochet: error jurídico y ¿error político?*, La Ley 1999; VARIOS, *Derecho penal: implicaciones internacionales*, Diego Díaz-Santos/ Sánchez López (coord.), Madrid 1999; VARIOS, *La Corte Penal Internacional*, Gómez Colomer/ González Cussac/ Cardona Lloréis (coords.), Valencia 2003; VARIOS, *Una Propuesta de Justicia Penal Internacional*, Grupo de Estudios de Política Criminal, Valencia 2003; VARIOS, *La Corte Penal Internacional*, Gómez Colomer/ González Cussac/ Cardona Llorens (coord.), Valencia 2003; VARIOS, *Implicaciones internacionales*, Diego Díaz-Santos/ Sánchez López (coord.), Madrid 2004; WERLE/ JASSBERGER, *La punibilidad de los crímenes internacionales en el Derecho interno alemán*, RP 2003.

Los delitos que vamos a tratar en este capítulo afectan directamente a la Comunidad internacional, aunque sea a través de la legislación penal interna de cada Estado la forma en que aquélla se proteja. Como ya indicaba QUINTANO (Curso II, p. 588), «la protección penal de la Comunidad internacional puede concebirse desde una doble perspectiva, que interesa no tanto a lo metodológico como a las fuentes mismas. Una de ellas, la *tradicional*, consiste en la acordada desde el *interior* por los propios Estados, merced a normas originariamente de Derecho interno, pero proyectadas al exterior al referirse a intereses comunitarios. La otra, rigurosamente *innovadora e íntegramente internacional*, es la que elabora las normas punitivas por la Comunidad misma o en su nombre, con o sin el beneplácito de los Estados».

Aunque el modelo de regulación de estos delitos en el Código penal sigue siendo todavía el tradicional, en él han influido las normas del Derecho internacional ratificadas por el Estado español, de modo que se puede considerar que el bien jurídico directamente protegido en este Título XXIV es, como reza su rúbrica, la «Comunidad internacional», aunque dicha protección se derive de la legislación estatal, cuya jurisdicción es también normalmente la que se ocupa del castigo de estos delitos. La escasa operatividad de los Tribunales Internacionales de Justicia *ad hoc*, a pesar de los esfuerzos desplegados últimamente en su creación (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia; Tribunal Internacional para Ruanda), así como la del Tribunal Penal Internacional, cuya creación fue aprobada en Roma en 1998, pero sin el apoyo de los países más implicados en los conflictos bélicos internacionales (principalmente Estados Unidos de América), desnaturalizan muchas veces la esencia de estos delitos, convirtiéndolos, sobre todo el genocidio y los delitos que atacan a las personas protegidas en conflictos bélicos, en delitos de vencidos a juzgar por los vencedores que, a veces, han cometido los mismos o más graves delitos, que naturalmente nunca serán juzgados.

El problema jurídico planteado con la petición de extradición del dictador chileno Pinochet a España, mientras se encontraba en visita privada en Inglaterra en octubre de 1998, demuestra lo complicado que resulta resolver

estos asuntos sólo como una cuestión entre los Estados implicados (España, Inglaterra y Chile) y la necesidad de un Tribunal Penal Internacional que tenga jurisdicción por encima de los intereses particulares y la soberanía de los Estados. La cuestión está todavía muy lejos de resolverse de forma general, y mientras tanto debe resolverse con la aplicación del Derecho interno configurado de acuerdo con las normas internacionales, según el principio de Justicia universal consagrado en el art. 23,4 LOPJ (véanse MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 6ª ed., pp. 160 ss.; y especialmente sobre el «caso Pinochet» el auto del Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, de 18 de octubre de 1998, solicitando su extradición, y los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando el Auto del Juez Garzón, así como los artículos de AMBOS, 1999, y RODRÍGUEZ RAMOS, 1999, e *infra*: delito de genocidio).

Dentro del Título XXIV se tipifican en cuatro Capítulos diferentes los delitos contra el Derecho de gentes, los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, más una serie de disposiciones comunes a todos ellos.

DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES

A pesar de este pomposo título, de tanta raigambre histórica, que sirve de rúbrica al Capítulo I del Título XXIV, los delitos allí recogidos actualmente sólo indirectamente tienen relación con el antiguo «*ius gentium*», en cuanto los ataques al Jefe de un Estado extranjero o a sus representantes diplomáticos pueden poner en peligro las buenas relaciones internacionales. Pero ni siquiera esta protección se hace de un modo absoluto, pues el Código condiciona la protección especial de estos sujetos a la existencia de reciprocidad.

> Art. 606,2: «Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las Leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior».

Ello llevó a decir a JASO (II, p. 8) «que lo que verdaderamente se ha venido a proteger, si bien de un modo indirecto, es al Jefe del Estado español y a los representantes españoles ante las potencias extranjeras».

Originariamente también se comprendía en este Capítulo el delito de piratería que luego pasó a ocupar un Capítulo independiente, desapareciendo definitivamente en el Código penal de 1995 por estimarse que los supuestos

en él comprendidos deben castigarse por los preceptos generales (sobre la regulación anterior, véanse JIMÉNEZ DÍAZ, MARTOS NÚÑEZ, SAINZ CANTERO, y MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 637 ss.).

Los delitos contra el Derecho de gentes pueden clasificarse en:

A) Delitos contra la vida, salud e integridad física de los Jefes de Estado extranjeros

> Art. 605: «1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años.
> 2. El que causare lesiones de las previstas en el artículo 149 a las personas mencionadas en el apartado anterior, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.
> Si se tratara de alguna de las lesiones previstas en el artículo 150 se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años, y de cuatro a ocho años si fuera cualquier otra lesión.
> 3. Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su mitad superior».

Cuando la muerte pueda calificarse de asesinato, seguirá siendo prevalente, por ser ley especial, el apartado 1 del art. 605, apreciándose las agravantes del asesinato como circunstancias agravantes genéricas. Igualmente son de preferente aplicación las penas previstas en el apartado 2 respecto a las asignadas a las lesiones en los arts. 149 y 150. La referencia en el apartado 3 a «cualquier otro delito» debe entenderse como cualquier otro delito que no siendo el homicidio o las lesiones citadas en los dos apartados anteriores constituya un ataque a bienes jurídicos personales del Jefe del Estado (libertad, libertad sexual, honor, intimidad, etc.), siempre que se trate de delitos dolosos, que son los que realmente cuestionan el status específico del Jefe del Estado.

Sólo es posible la comisión dolosa, que debe abarcar la condición de Jefe de Estado de la víctima. En caso de comisión imprudente de estos hechos serán aplicables los arts. 142 y 152.

B) Violación de la inmunidad del Jefe del Estado extranjero o representantes de otra potencia

El apartado 1 del art. 606 castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años al «que violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado».

Antes de la reforma de 1983 del anterior Código penal, la *inmunidad* sólo se concedía al Jefe de otro Estado recibido en España «con carácter oficial»; tras dicha reforma no se exigió ya esta cualidad, que tampoco se exige en la regulación actual, que conforme a la Convención de Viena de 1961 y 1963 protege también a las personas internacionalmente protegidas por un Tratado, es decir, a los agentes diplomáticos y sus familias, y a los funcionarios y empleados consulares.

Las prerrogativas de la inmunidad se refieren a la inviolabilidad personal, es decir, a la observancia de determinadas reglas para poder proceder contra las personas especialmente protegidas, adoptar medidas cautelares contra ellas, como la detención, la entrada en domicilio, etc. Pero, como se ha puesto de relieve en el «caso Pinochet» (véase *infra*), en todo caso, la inmunidad de un Jefe de Estado (o, en este caso, de un ex Jefe de Estado) puede ser limitada por razón de los derechos humanos cuando dicho Jefe de Estado pueda ser acusado de la comisión de delitos contra la Humanidad, genocidio o tortura, cuya persecución puede hacerse por los Tribunales españoles conforme al principio de Justicia universal previsto en el art. 24 LOPJ (véase decisión de la Cámara de los Lores inglesa de 24 marzo 1999 y comentario a la misma de Ambos, 1999, pp. 13 ss.).

GENOCIDIO

El genocidio ha sido desgraciadamente una constante histórica a través de los tiempos y muchas veces el destino final de pueblos enteros tras haber perdido la guerra con otros pueblos (*vahe victis*!). En épocas recientes, el tema cobró enorme actualidad con las atrocidades cometidas por el régimen nazi alemán contra los judíos y otros grupos étnicos (gitanos), políticos (comunistas) o marginales sociales (vagos, prostitutas, etc. Véase Muñoz Conde/ Muñoz Aunión). Tras la condena de estos hechos en los famosos Juicios de Nüremberg, se hizo patente la necesidad de su tipificación expresa tanto a escala nacional

como internacional. Al respecto hubo varios intentos, que cuajaron finalmente en el Convenio internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 (Sáenz de Pipaon, pp. 87 ss.). España se adhirió a este Convenio el 13 de septiembre de 1968 y en consecuencia se aprovechó la reforma de 15 de noviembre de 1971 para introducir en el Código penal, entre los delitos contra el Derecho de gentes, el delito de genocidio tal como se había configurado en el Convenio, constituyendo el art. 137 bis.

Se iniciaba así en España, como en casi todos los Estados miembros de la ONU, la incorporación de las normas del incipiente Derecho penal internacional al Derecho penal español. Esta incorporación del delito de genocidio tuvo lugar todavía durante la dictadura del General Franco, y probablemente a ello se deba el que, en contra de lo que se preveía en el texto en el Convenio de la ONU, en España el genocidio seguía el régimen general de *prescripción de los delitos*. Es decir, al igual que otros delitos graves, el delito de genocidio tipificado en el Código penal español también prescribía a los treinta años, no acogiéndose, por tanto, la imprescriptibilidad del mismo prevista en el Convenio de la ONU. La razón de ello fue más de tipo político que jurídico, pues, como es sabido, muchos criminales de guerra y miembros del aparato de poder del régimen nacionalsocialista buscaron refugio, una vez terminada la II Guerra Mundial con la derrota de Alemania, en España, donde de forma más o menos encubierta encontraron la protección del régimen del General Franco, que tantas concomitancias tuvo con los regímenes nazi y fascista. En 1971 era difícil que, con los plazos de prescripción máximos señalados en el Código penal, no pudiera oponerse la excepción de prescripción contra cualquier posibilidad de enjuiciamiento nacional o petición de extradición que se planteara contra alguno de alguno de los refugiados que pudiera tener en su haber alguna responsabilidad de este tipo.

Pero en la regulación que tuvo el delito de genocidio en el Código penal español con la reforma de 1971 se produjo otra particularidad que paradójicamente permitía ampliar el ámbito de aplicación de este delito más allá de lo que preveía el Convenio de la ONU de 1948, pues en lugar del término originario del Convenio, «grupo racial», el art. 137 bis del Código penal español hablaba de «grupo social», expresión amplísima por la que cabía incluir también la destrucción, total o parcial, de grupos políticos o por sus ideas políticas o sociales, y, por tanto, el «genocidio político», o por «motivos políticos», que había sido excluido expresamente del texto del Convenio de la ONU

(para más detalles, véase MUÑOZ CONDE, 2ª ed., p. 507). Dicha «errata» fue ya corregida en la reforma del anterior Código penal realizada en 1983, pero, posteriormente, y ya bajo la vigencia del Código penal de 1995, que igualmente recoge la redacción del convenio de la ONU, se ha vuelto a plantear este problema con motivo de la solicitud de extradición del dictador chileno, General Pinochet, que hizo en octubre de 1998 el Juez español Garzón, al estimar éste que, entre otros delitos, dicho dictador podía haber cometido un «genocidio político» que podía incluirse en el concepto de genocidio (véase *supra*).

Las guerras habidas en los últimos años, de nuevo en pleno continente europeo (guerras de Bosnia y Kosovo en la antigua Yugoslavia, conflicto checheno, etc.), regímenes dictatoriales como los de Pinochet en Chile o Milosevic en la antigua Yugoslavia, los planes de «limpieza étnica» de este último, pero también los crímenes contra la Humanidad de todo género que se han cometido y se cometen desde el poder o en las guerras contra algunos de esos regímenes con los bombardeos masivos que producen «daños colaterales» en la población civil (Irak, Serbia), han puesto de relieve la importancia y la gravedad de este tipo de delitos, en cuyo castigo debe estar interesada la Comunidad internacional al margen de las ideologías, creencias o intereses económicos que pueden estar detrás de las partes en conflicto.

Por otra parte, el aumento creciente de la emigración desde pueblos menos desarrollados económicamente ha fomentado en muchos países europeos prácticas raciales discriminatorias, así como atentados a la vida y a la integridad de los inmigrantes o de grupos étnicos minoritarios, y el resurgir de ideologías que preconizan regímenes políticos similares a los que cometieron los terribles genocidios que motivaron el Convenio contra el genocidio. Por todo ello, en el Código penal de 1995 se regula el delito de genocidio en un Capítulo independiente, el II, en el art. 607, con mayor amplitud que en la regulación anterior, tipificándose además en el apartado 2 del mismo artículo la apología, del siguiente modo:

> Art. 607: «1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:
> 1.º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.
> Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

> 2.º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.
> 3.º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.
> 4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.
> 5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2.º y 3.º de este apartado».

En el art. 607, igual que en los delitos contra las personas protegidas en caso de guerra, se produce la anhelada coordinación entre las normas penales de la Comunidad internacional (Derecho internacional penal) y las normas penales estatales referidas a las relaciones internacionales (Derecho penal internacional). La base de la regulación interna la constituye el Convenio internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, al que, como hemos visto, se adhirió España el 13 de septiembre de 1968, aunque con reservas en materia de no prescripción que han sido eliminadas en el Código penal de 1995, cuyo art. 131,4 declara que el delito de genocidio no prescribirá en ningún caso. De todos modos, en el Derecho internacional se ha producido una evolución respecto al concepto de genocidio que no ha sido acogida en el Código penal, lo que provoca algunas discrepancias que repercuten en la interpretación del tipo delictivo (véase *infra*). Ello, como ha sucedido en el «caso Pinochet» (véase *infra*), aumenta las dificultades de su persecución penal en el ámbito estatal, sobre todo si se tiene en cuenta que los sujetos activos del delito de genocidio son normalmente los detentadores del poder estatal que, naturalmente, sólo pueden ser juzgados cuando son derrocados bien por otro Estado, bien por una revolución interna, bien por ambas circunstancias a la vez, no siendo extraño que entonces se produzca a veces una extraña «Justicia de la Transición» que con «Leyes de Punto Final», amnistías, etc., dejan prácticamente sin sanción estos hechos. Un Tribunal Penal Internacional con jurisdicción supraestatal es la forma más adecuada de sancionar estos hechos, pero en tanto no pueda actuar, bien por su carácter supletorio, bien por no tener competencia, la única vía sigue siendo la que brinda el De-

recho penal interno, cuya tipificación sirve para cumplir los postulados de seguridad y certeza jurídicas que permiten, por lo menos hipotéticamente, llevar ante los Tribunales a los autores de estos hechos.

El *bien jurídico* protegido es *la existencia del grupo o grupos humanos*, cualquiera que sea su raza, religión, etc. El sustrato ideológico de este bien jurídico es el reconocimiento del pluralismo universal de las religiones, grupos, razas o etnias y del nivel de igualdad en el que todas se encuentran. Fuera del delito de genocidio quedan, sin embargo, otros actos de opresión de grupos humanos, como el prohibir el uso del idioma propio, impedir el uso de bibliotecas, etc. (*genocidio cultural*), que deberán ser juzgados conforme a otros tipos.

Excurso: el «genocidio político» y el «caso Pinochet»

Más discutible es si se comprende también en el delito de genocidio el llamado *genocidio político*, es decir, el exterminio de grupos humanos por su pertenencia a un grupo o partido político. El Convenio de 1948, referencia obligada de la regulación penal interna, lo excluyó expresamente, y ni el Código penal anterior ni el de 1995 aluden a él, aunque tanto el Auto del Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 1998, como los del Pleno de la Audiencia Nacional de 4 y 5 noviembre 1998, ratificando el anterior en el «caso Pinochet», entienden que lo principal es el exterminio del grupo humano, «sean cuales sean las características diferenciadoras», lo que evidentemente se dio en el Golpe de Estado de septiembre de 1973 y subsiguiente dictadura implantada en Chile por el General Augusto Pinochet, durante la que se produjeron centenares de secuestros seguidos de asesinatos y desapariciones de las personas secuestradas, torturas y todo tipo de violaciones de derechos humanos con el propósito de eliminar o intimidar a los adversarios de dicho régimen. Esta interpretación, más que en el tenor literal del art. 607,1, puede apoyarse en la evolución experimentada por el concepto de genocidio en el Derecho internacional, en muchos de cuyos textos posteriores a la Convención de 1948 se incluye también el genocidio por razones políticas. Sin embargo, la Cámara de los Lores inglesa en su decisión de 24 de marzo de 1999 rechazó la petición de extradición de Pinochet por este motivo, aunque la aceptó por otros cargos como el de tortura, que igualmente, conforme al principio de Justicia universal consagrado en el art. 24 LOPJ y la Convención contra la tortura de Naciones Unidas de 1984, pueden ser juzgados por la Jurisdicción española. En la doctrina española en relación con el «caso Pinochet» se ha pronunciado expresamente en contra de la extradición RODRÍGUEZ RAMOS, 1999, quien, por razones puramente jurisdiccionales, considera dicha extradición no sólo un error jurídico, sino también político, aunque no discute la calificación de genocidio. Por su parte FEIJÓO SÁNCHEZ, 1998, pp. 6, 10 y s., se muestra contrario a la inclusión del genocidio político en el delito de genocidio, incluso en el plano *de lege ferenda*, «ya que la referencia a "grupos políticos" es demasiado indefinida y de casi imposible limitación y el alcance del tipo sería demasiado difuso», aferrándose a la interpretación conforme al Convenio de 1948, que expresamente excluye el genocidio político. Pero, en todo caso, la referencia que hace a la reforma operada en esta materia en el Código penal en 1983, que sustituyó la expresión «grupo social» por la de «grupo racial» de conformidad con lo dispuesto en la Convención de 1948, no es un argumento contundente en contra de la inclusión del genocidio político en la regulación que del genocidio hace ahora el Código penal de 1995, pues tanto antes de la reforma de 1983, como después de la misma y en la regulación actual lo importante sigue siendo, como después veremos en el tipo subjetivo, el propósito de destrucción del grupo, siendo irrelevante la motivación o el móvil que determina tal propósito, a partir de lo cual hay otras posibilidades de interpretación del ámbito objetivo de aplicación de este delito, basándose para ello tanto en la expresión «grupo nacional», utilizada siempre en la redacción de dicho delito desde que fue introducido en el Código penal español en la reforma de 1971, como en la propia definición del genocidio dada por el Diccionario de la Lengua o en diferentes textos jurídicos internacionales que extienden el concepto de genocidio al genocidio político o por motivaciones políticas (en este sentido también NÚÑEZ PAZ, en VARIOS, 1999, pp. 143 s.). De todos modos, es justo reconocer que la redacción del tipo desde 1983, en consonancia literal con lo dispuesto en el Convenio de 1948, permite también, al menos literalmente, la interpretación que propone FEIJÓO (sobre la situación antes de la reforma de 1983, que sustituyó la expresión «social», que permitía la inclusión de los grupos políticos, por la de «racial», que no la permite, véase lo dicho en la 2ª ed., p. 508 y la 5ª, p. 525, de esta obra; también GARCÍA ARÁN/ LÓPEZ GARRIDO).

Tipos delictivos

Dentro ya de los tipos legales se distingue entre el *genocidio físico* y el *biológico*. En el primero se incluyen los supuestos en que se produce la aniquilación o destrucción del grupo, causando la muerte o lesiones graves a alguno de sus miembros (art. 607,1,1º, 2º y 3º). En el segundo se incluyen aquellos hechos que, sin destruir directamente el grupo, preparan su destrucción o la favorecen: desplazamientos o traslados forzosos, impedir su género de vida o reproducción (art. 607,1,4º).

En el *tipo subjetivo* es necesario el dolo directo o «el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso». Lo relevante es el propósito de destrucción del grupo, siendo irrelevante la motivación o el móvil (odio racial, político, etc.) y la forma elegida de destrucción: muerte, esterilización, desplazamiento, etc.

De acuerdo con el art. 131,4, el delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.

Apología del genocidio

La Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, incorporó al anterior Código penal la punición expresa de la apología del genocidio, que ahora se castiga en el apartado 2 del art. 607, aunque con una redacción distinta y más amplia que la anterior:

> «La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

La excesiva amplitud que se da a la apología en este precepto queda en cierto modo compensada con la exigencia de que la misma pueda constituir una «incitación directa a cometer delito», exigencia que de un modo general se requiere para la punición de la apología en el art. 18,1. De no ser así, el precepto limitaría en exceso la libertad de expresión y podría incluso ser anticonstitucional. Se hace difícil interpretar, pues, como apología y, por tanto, como incitación directa a cometer un delito el «negar» los hechos genocidas que puedan haberse cometido en el pasado, pues una conducta de este tipo más bien supone que se quiere evitar cualquier relación entre el régimen político que se defiende y los genocidios que se le atribuyen. Ciertamente, negar hechos históricos irrefutables claramente constitutivos de genocidio (por ej. los campos de concentración en la Alemania nazi) puede suponer indirectamente que se pretenda la rehabilitación del régimen que los cometió, pero difícilmente constituir la incitación «directa» al delito que requiere el concepto de apología que se da en el art. 18,1. Por otra parte, no siempre los hechos históricos que algunos califican de genocidio son considerados también como tal por otros. ¿Son genocidios los bombardeos con «napalm» de los pueblos vietnamitas llevados a cabo por la aviación norteamericana en la guerra de Vietnam?, ¿lo son los bombardeos sistemáticos de los campamentos de refugiados palestinos por la aviación israelí? ¿Supone ser comunista o defender una teoría comunista de la sociedad o del Estado justificar los asesinatos, los «gulash» y la política exterminadora de algunos grupos étnicos llevada a cabo por Stalin en Rusia a mediados del siglos XX? ¿Hasta qué época histórica alcanza considerar como apología la difusión de las ideas de regímenes políticos que hace años cometieron hechos que pueden hoy calificarse de genocidios conforme al art. 607,1?

En general, la doctrina se ha mostrado crítica con este precepto, por limitar excesivamente la libertad de expresión (así, por ejemplo, CARBONELL/VIVES, en VIVES, Comentarios, p. 2161; GONZÁLEZ RUS, en Curso II. p. 972; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO, Comentarios, p. 2285. CUERDA ARNAU, pp. 1164 ss., lo considera inconstitucional «porque a su amparo es posible castigar conductas que claramente forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión»). A favor de su constitucionalidad se ha pronunciado, sin embargo, algún autor, como CALDERÓN (p. 1270), que, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr., por ej., STC 214/1991, de 11 de noviembre: caso Violeta Friedman), considera que «ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos». También un Juez de lo Penal de Barcelona (Sentencia 16 noviembre 1998: caso Varela) ha hecho uso de este precepto aplicándolo en 1998 a un librero que vendía en su librería publicaciones de difusión de estas ideas. El problema consiste, en mi opinión, en que si no se exige una potencialidad de incitación a cometer el delito de genocidio, se castiga pura y simplemente la exteriorización de una idea que, por reprobable que parezca, no puede ser en sí misma nunca constitutiva de un delito (cfr., sin embargo, FEIJÓO SÁNCHEZ, 1998, p. 5, y en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 1424, que muestra ciertas reservas a la equiparación de este delito con la apología del art. 18,1, proponiendo, de todas formas, «una reducción teleológica del alcance del elemento típico, difusión de ideas o doctrinas»; en el mismo sentido GARCÍA ÁLVAREZ, p. 332. Sobre un precepto similar en materia de terrorismo, el art. 578, véase *infra*, capítulo XXXVIII).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Hasta la fecha, la única incorporación de normas de Derecho penal internacional que se había hecho en el Código penal español es la que se acaba de describir en el apartado anterior. Mientras tanto la ratificación del Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998, y la consiguiente puesta en marcha de la Corte Penal Internacional con el nombramiento de los 18 magistrados y del Fiscal General en los primeros meses del año 2003, está obligando a los Estados que lo han ratificado (entre ellos el español, previa la autorización parlamentaria que prevé el art. 93 de la Constitución: Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre) a introducir en sus respectivos Ordenamientos las normas que hacen posible el funcionamiento de esta Corte y delimitan sus competencias. Para ello el Gobierno español aprovechó el amplio elenco de Proyectos de reforma del Código penal que presentaron a principios del años 2003, que, en principio, nada tiene que ver con esta materia sino con otras cuestiones relacionadas con la lucha contra el terrorismo y otras formas de criminalidad, para promover también la intro-

ducción en el Código penal común de los «delitos de lesa humanidad», una cláusula agravatoria para delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que se pueden incluir bajo la denominación de «crímenes de guerra», y la punibilidad de algunas conductas omisivas de autoridades militares y jefes en relación con delitos cometidos por las tropas a su mando (véase *infra* y LANDA GOROSTIZA, pp. 70 ss.).

Por lo que respecta a los delitos de lesa humanidad, la reforma de 25 de noviembre de 2003 los ha incluido en un nuevo Capítulo del Título XXIV, el II bis, en inmediata conexión con el delito de genocidio. Este Capítulo contiene un único artículo, el art. 607 bis. El apartado primero de este artículo define del siguiente modo qué ha de entenderse por delitos de lesa humanidad:

> «Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.
> En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:
> 1.° Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
> 2.° En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen».

Los hechos en los que puede consistir dicho ataque generalizado o sistemático contra la población civil se describen en el apartado segundo del art. 607 bis, que castiga con diversas penas distintos supuestos que incluyen, por ejemplo, la causación de muerte, la realización de agresiones sexuales, lesiones, traslados, deportaciones, detenciones ilegales o tortura y el sometimiento a la esclavitud.

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

Como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977, relativos a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (BOE 26 julio 1989) sobre heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas y la protección del personal civil en

tiempo de guerra, así como del Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, firmado en La Haya el 14 de mayo de 1954, se incorporan al Código penal de 1995 una serie de delitos que con una regulación parecida se encuentran ya tipificados en el Código penal militar, de preferente aplicación cuando el sujeto activo de los mismos es militar (arts. 69 a 78). Tanto en uno como en otro Código se trata de dar cobertura legal interna a las normas del Derecho internacional de carácter humanitario en caso de conflicto bélico.

Los tipos delictivos se configuran la mayoría de las veces como *delitos de peligro* de bienes jurídicos de «personas protegidas», con los que el legislador quiere adelantar la barrera de intervención penal, aunque no lleguen a producirse (o probarse) daños o lesiones a dichas personas. Su redacción es, sin embargo, desde el punto de vista técnico penal, deficiente y casuística, siendo una traslación al español de los Convenios internacionales existentes en la materia. En ellos se mencionan las más variadas conductas que van desde delitos de peligro para la vida y la integridad física, hasta la tortura, el maltrato de obra y el empleo de tratamientos médicos inadecuados, los actos de represalia, el empleo de medios de combate prohibidos, etc. En el fondo se trata de marcar unas reglas mínimas de cumplimiento obligatorio por todas las partes de un conflicto bélico, para evitar al máximo los efectos negativos que las guerras tienen siempre para el personal civil o militar enfermo, herido, prisionero, etc., y, en todo caso, no beligerante, y para los bienes que integran el patrimonio cultural de los pueblos afectados por el conflicto, el medio ambiente, etc. El *bien jurídico* directamente protegido es, pues, la norma internacional humanitaria misma, sin perjuicio de que, si se afectan otros bienes jurídicos autónomos como la vida, la salud, la libertad, la dignidad o la propiedad de las «personas protegidas», sean aplicables los delitos que específicamente se refieren a ellos conforme a las reglas generales del concurso.

Presupuesto de estos delitos es la existencia de un «conflicto armado», debiéndose entender por tal tanto la guerra formalmente declarada entre diferentes Estados soberanos, como los enfrentamientos entre facciones rivales en una guerra civil y las guerras de guerrillas, ya que el precepto no hace distinciones y el espíritu que mueve a la creación de estos preceptos es la salvaguarda de personas y bienes «protegidos». La aplicación de estos preceptos se rige, sin embargo, por el principio de territorialidad y no por el de Justicia universal, por lo que sólo pueden aplicarse si los hechos se dan en territorio español, lo que supone la intervención de España en el conflicto armado. En los casos

en que se trate de delitos cometidos por español en territorio extranjero podrá venir en aplicación el principio de personalidad, si se dan los requisitos previstos en el art. 23,2 LOPJ (sobre estos principios véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 6ª ed., pp. 157 ss.).

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido algunas modificaciones en esta materia.

Ámbito de aplicación personal de estos delitos

De acuerdo con las normas internacionales, el art. 608 define lo que se entiende por «personas protegidas» a los efectos de este Capítulo:

> Art. 608: «A los efectos de este capítulo, se entenderá por personas protegidas:
> 1.° Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.
> 2.° Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
> 3.° La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
> 4.° Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
> 5.° Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899.
> 6.° El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994.
> 7.° Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte».

Tipos delictivos

A) Delitos de tortura, malos tratos y contra la salud de las personas protegidas

> Art. 609: «El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos».

B) Empleo de medios de combate prohibidos

> Art. 610: «El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel, será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos».

C) Actos de terror a la población civil, deportaciones y traslados forzosos

> Art. 611: «Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:
> 1.° Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.
> 2.° Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.
> 3.° Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.
> 4.° Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.
> 5.° Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.

6.° Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga ilegalmente a cualquier persona protegida.
7.° Traslade y asiente en territorio ocupado a población de la Parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.
8.° Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.
9.° Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles».

D) Atentados a zonas protegidas

Art. 612: «Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:
1.° Viole a sabiendas la protección debida a hospitales, instalaciones, material, unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.
2.° Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional.
3.° Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte.
4.° Use indebidamente o de modo pérfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.
5.° Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.
6.° Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta.
7.° Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada».

E) Represalias y otros actos de hostilidad

Art. 613: «1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:
a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales bajo protección reforzada, causando como consecuencia extensas destrucciones, siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario.
b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario.
c) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas Armadas.
d) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo.
e) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje.
2. En el caso de que se trate de bienes culturales bajo protección especial, o en los supuestos de extrema gravedad, se podrá imponer la pena superior en grado».

F) Otras infracciones de los Tratados internacionales

Art. 614: «El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección

de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

G) Cualificación

Art. 614 bis: «Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior».

DISPOSICIONES COMUNES

En el Capítulo IV se contienen las siguientes disposiciones comunes a todos los delitos previstos en el Título XXIV.

a) Actos de participación intentada

Art. 615: «La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Título, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos».

b) Inhabilitación especial

Art. 616: «En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título y en el anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces o Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años».

c) Responsabilidad de la autoridad o jefe militar por conductas omisivas

Art. 615 bis: «1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.
2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.
3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.
4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores.
5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.
6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

d) Inaplicación de la eximente de cumplimiento del deber

Art. 616 bis: «Lo dispuesto en el artículo 20.7.° de este Código en ningún caso resultará aplicable a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en los hechos incluidos en los capítulos II y II bis de este título».

EXCURSO: LA ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO PENAL AL ESTATUTO DE ROMA

Como se ha dicho ya *supra*, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido un nuevo Capítulo II bis en el Título XXIV, en el que se regulan los «delitos de lesa humanidad». Esa misma ley se ha aprovechado para modificar algunos aspectos del Capítulo III, relativo a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y para añadir dos artículos a las disposiciones comunes (arts. 615 bis y 616 bis). También se ha introducido en el Título XX del Libro II (Delitos contra la Administración de Justicia) el Capítulo IX, Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte penal Internacional (véase *infra*, capítulo XL).

Prácticamente, con esto se pretende cumplir el mandato previsto en el Estatuto de Roma. Las únicas referencias a la Parte General son las contenidas en el artículo 616 bis, que veda expresamente la aplicación de la eximente del art. 20,7ª (cumplimiento de un deber o ejercicio

legítimo de un derecho, oficio o cargo) «a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en los hechos incluidos en los capítulos II y II bis de este título». Con ello se trata de impedir la invocación a la *obediencia debida* y alegaciones similares para justificar los delitos de que se trata (cfr. sin embargo GÓMEZ RIVERO, pp. 35 ss. Interesante a este respecto la Sentencia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia 29 noviembre 1996, caso «Erdemovic», que aplicó por mayoría el miedo como atenuante al jefe de un pelotón de fusilamiento que asesinó a decenas de civiles porque le habían amenazado de muerte si desobedecía las órdenes recibidas; véase el comentario de RAGUÉS I VALLÉS, pp. 95 ss.). La otra referencia a la Parte General es para excluir estos delitos del régimen de prescripción siguiendo el camino ya marcado por el delito de genocidio; es decir, declarando en el art. 131,4 que «los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso».

Para hacer una valoración de esta reforma, la primera pregunta que hay que hacerse es si con ella, combinándola con los preceptos ya existentes en el Código penal vigente, «se satisfacen plenamente _como se dice en la Exposición de Motivos— las exigencias del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional».

Si se compara esta reforma con los esfuerzos realizados en otros países, como Alemania (cfr. WERLE / JASSBERGER), para adaptar su legislación penal interna al Estatuto de Roma, la satisfacción no puede ser, sin embargo, tan plena, salvo que se entienda que las exigencias del Estatuto de Roma se limitaban solamente a esta incorporación precipitada, reiterativa y, a veces, confusa, al Código penal español de los tipos delictivos que fundamentan la competencia, en su caso, de la Corte Penal Internacional.

La regulación que se incluye en el Código penal adolece, sin embargo, de graves defectos y lagunas que limitan bastante el ámbito de aplicación de algunos de estos delitos. Así, por ejemplo, en relación con los llamados «crímenes de guerra», que ya se habían incorporado como consecuencia de las Convenciones de Ginebra y La Haya en el Código penal de 1995 bajo la rúbrica «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», el Código sólo añade una agravación en el art. 614 bis, que prescribe que se apliquen las respectivas penas en su mitad superior «cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala»; pero ni en el Código penal vigente ni en el Proyecto se especifica si por «conflicto armado» hay que entender sólo la guerra internacional o también la guerra civil. Esta aclaración es importante, porque el Estatuto de Roma, a diferencia de lo que hace el Derecho internacional consuetudinario, da un tratamiento diferente a los «crímenes en guerra civil». No obstante, en mi opinión, por «conflicto armado» debe entenderse tanto la guerra formalmente declarada entre Estados soberanos, como los enfrentamientos entre facciones rivales en una guerra civil y las guerras de guerrillas, ya que el precepto no hace distinciones y el espíritu que mueve a la creación de estos preceptos es la salvaguarda de personas y bienes protegidos. Pero hubiera sido bueno que en la reforma se hubiera aclarado esta cuestión. Tampoco se menciona expresamente la utilización de determinados medios de destrucción como el veneno, las armas biológicas o químicas o determinadas formas de munición especialmente dañinas como las balas dum-dum, pues el art. 610 castiga sólo el empleo (o la orden de empleo) de «métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos», expresiones que ciertamente pueden incluir los medios antes referidos pero que dejan un amplio margen para la interpretación de qué es lo que hay que incluir en ellas.

En los delitos de lesa humanidad, se distingue en el art. 607 bis entre el ataque generalizado y sistemático contra la población civil como elemento integrante de este delito (apartado 1) y los concretos actos inhumanos como homicidio, exterminio, esclavitud, etc., en base a cuya gravedad se determina también la gravedad de la pena a aplicar (apartado 2). Pero se mencionan como supuestos que, en todo caso, deben ser considerados como tales los realizados por motivos coincidentes con los del genocidio o «universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional», así como los que se cometen «en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen», lo que no coincide totalmente con los elementos del crimen de lesa humanidad especificado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 7, num. 1), que exige que los hechos «se cometan como parte de un ataque generalizado contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque», que constituye lo que se llama una «línea de actuación», como manifestación de una política de un Estado u organización. No se menciona, en cambio, el elemento subjetivo «con conocimiento de dicho ataque», lo que deja abierta la cuestión de si basta con

el dolo eventual respecto a este conocimiento y si el mismo implica ya una voluntad o intencionalidad respecto a los concretos resultados producidos (GÓMEZ BENÍTEZ, 2001, p. 11 ss. y 31; LANDA GOROSTIZA, pp. 87 ss.). Ésta, como tantas otras cuestiones de la Parte General que se regulan en el Estatuto de Roma (cfr., por ejemplo, la regulación del error en el art. 32,1), no es incorporada al Código penal español, probablemente porque se considera que son suficientes con los preceptos generales del propio Código, pero quizás hubiera sido necesario haber incluido en las definiciones típicas algún elemento de carácter subjetivo que limitara el alcance a veces puramente objetivo de algunos supuestos (por ejemplo: la causación de muerte). La «guerra de agresión» no ha sido finalmente incorporada, ya que tampoco ha quedado claramente determinada en el art. 5 del Estatuto de Roma, lo que, en atención a la forma con que se ha desencadenado la guerra de Irak, no deja de ser lamentable.

El sistema de penas está presidido principalmente por la pena de prisión, que se gradúa en función de la gravedad de los resultados producidos. El Derecho penal español no tiene la pena de prisión perpetua, por lo que no ha sido tampoco acogida por la reforma, que en los supuestos más graves impone una pena de treinta años (cfr. art. 607 bis,2,1º).

Respecto a la vigencia de esta regulación para actos cometidos en el extranjero, hay una laguna difícilmente interpretable por vía interpretativa. En efecto, el art. 23,4 LOPJ admite la aplicación del principio de Justicia universal expresamente, entre otros, para el delito de genocidio. Evidentemente, ningún problema debería haber para incluir también dentro de este principio los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, pero para ello sería necesario que se mencionara expresamente. Quizás se entienda que no es necesario, por cuanto el apartado g) del art. 23,4 admite la aplicación de este principio para cualquier otro delito «que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por España». Pero mientras esta incorporación expresa no se produzca, la aplicación de los nuevos preceptos se regirá por el principio de territorialidad, por lo que sólo pueden aplicarse si los hechos se dan en territorio español. También podría venir en consideración la aplicación del principio de personalidad y aplicarse la ley española a español que hubiese cometido estos delitos en el extranjero cuando se den los requisitos establecidos para ello en el art. 23,2 LOPJ.

CAPÍTULO XXXIII

Traición. Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado. Delitos relativos a la defensa nacional

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BLECUA FRAGA, *Los delitos contra la seguridad exterior del Estado en la legislación extranjera,* REDM 1963; el mismo, *El delito de espionaje en el marco de la defensa nacional,* RDP 1980; el mismo, *El delito de traición y la defensa nacional,* Madrid 1983; CASAS NOMBELA, *Breve consideración sobre la protección penal de materias clasificadas,* BIMJ 1989; GARCÍA VALDÉS, *El delito político,* Madrid 1976; RODRÍGUEZ DEVESA, *Espionaje,* NEJ III, 1956; RUEDA SÁNCHEZ-MALO, *Notas para la construcción de un concepto penal del espionaje,* RGLJ 1944; TERUEL CARRALERO, *El delito de espionaje,* REDM 1960; el mismo, *La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado,* ADP 1963; el mismo, *Evolución legislativa en los delitos contra el Estado,* REDM 1966; VARIOS, *La reforma de los delitos contra la defensa nacional,* Comentarios a la legislación penal X, Madrid 1989.
Sobre el Código penal de 1995: PASTRANA I ICART, *Los secretos en los delitos relativos a la defensa nacional,* ADP 1998; SEGRELLES DE ARENAZA, *El secreto de Estado ilegal: aspectos básicos,* CPC 1997.

El Título XXIII trata de los «delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», regulando después en cada uno de los tres Capítulos de que consta los distintos grupos delictivos. Se hace difícil reconducir todos estos delitos a un denominador o bien jurídico común, una vez que se ha superado en el Código penal de 1995 la vieja rúbrica de los «delitos contra la seguridad exterior del Estado», bajo la que se agrupaban en el Código penal anterior. La distinción seguridad exterior-seguridad interior había sido, en efecto, ya incluso en la época de la Codificación decimonónica, superada por la realidad política e internacional. Ni la «seguridad del Estado» es el principal bien jurídico protegido en este Título, ni los ataques contra la misma se pueden dividir según provengan del exterior o del interior. Una revolución interna en un Estado apenas es concebible sin ayuda exterior, y normalmente ésta se produce para provocar precisamente un cambio en la política interna. Lo que sí tienen en común estos delitos es que de algún modo afectan a la soberanía y con ello a la independencia del Estado y a su necesaria defensa (defensa nacional) frente a las agresiones de otros Estados, pero, al mismo tiempo, afectan también a la paz entre los mismos, un bien jurídico en el que no sólo está interesado el Estado mismo, sino también la Comunidad internacional. A partir de este marco habrá que identificar en cada tipo delictivo el correspondiente bien jurídico protegido.

TRAICIÓN

Tradicionalmente, el nombre de traición se aplicaba a conductas de ruptura de la fidelidad del ciudadano respecto al Estado cuando éste se encontraba en guerra con otro Estado. La Ley de Seguridad del Estado de 1941 introdujo en este sistema, por motivaciones políticas muy concretas relacionadas directamente con la Guerra Civil, una serie de alteraciones sustanciales en el régimen de punición de este delito, que hasta ese momento se caracterizaba por su relación con la guerra con otro Estado. Así, por ejemplo, equiparó en los números 3º y 1º de los artículos 121 y 122 del Código penal de 1944 las tropas «separatistas y sediciosas» a las tropas enemigas extranjeras y añadió el delito de ultrajes a la Nación en el art. 123, que tanto juego dio después para la represión de la discrepancia política (véase *infra* capítulo XXXVI), con lo que desnaturalizó el concepto tradicional de traición, convirtiéndolo en un delito de hostilidad al régimen político impuesto después de la Guerra Civil, dejando de ser, por lo menos en algunas de sus manifestaciones, una muestra de deslealtad del ciudadano para con su Estado. Al mismo tiempo, y para acentuar aún más el carácter autoritario y antidemocrático del régimen político dictatorial surgido de la Guerra Civil, suprimió las figuras de declaración ilegal de guerra por el Presidente de la República o sus Ministros y algunas otras similares que pueden cometer tales personas, acentuando la absoluta falta de responsabilidad política y penal que se concedía para regir los destinos del país a los nuevos detentadores del poder. Era difícil, por ello, buscar un bien jurídico común a todos los tipos delictivos que se recogían en el anterior Código penal bajo la rúbrica de «traición».

A estas dificultades teóricas, que en parte aún persisten en el Código penal de 1995, deben sumarse las que se derivan de la pluralidad legislativa existente en la materia. Muchas de las figuras delictivas aquí tipificadas se encuentran también en el Código penal militar, que les asigna penas normalmente más graves; con ello las previsiones del Código penal común se convierten en letra muerta cuando sea aplicable el Código penal militar, bien porque el sujeto activo sea militar, bien porque el hecho se produzca en tiempo de guerra (cfr. arts. 49 a 51 Código penal militar).

En relación a los sujetos, activo y pasivo, contienen los arts. 586 y 587 dos *disposiciones extensivas*:

> Art. 586: «El extranjero residente en España que cometiere alguno de los delitos comprendidos en este capítulo será castigado con la pena inferior en grado a la señalada para ellos, salvo lo establecido por Tratados o por el Derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, consulares y de Organizaciones internacionales».

Con este precepto se vuelve a introducir, aunque de un modo indirecto, la concepción germánica de la traición, según la cual sujeto activo de este delito sólo podría serlo el nacional (el español) frente a su propio Estado, en cuanto se trataba del quebrantamiento de la fidelidad debida. La extensión de la responsabilidad penal al extranjero, de forma atenuada y siempre que residiere en España, sitúa el centro de gravedad en el vínculo de fidelidad del ciudadano, y no en la protección del Estado (concepción romana).

> El art. 587 dispone: «Las penas señaladas en los artículos anteriores de este capítulo son aplicables a los que cometieren los delitos comprendidos en los mismos contra una potencia aliada de España, en el caso de hallarse en campaña contra el enemigo común».

Igualmente supone este precepto una ampliación, aunque restringida, del sujeto pasivo de la traición, que puede ser también una potencia aliada de España «en el caso de hallarse en campaña contra el enemigo común».

TIPOS LEGALES

La diversidad de figuras recogidas en el Capítulo I del Título XXIII bajo el nombre de traición pueden clasificarse en: inducción a la guerra, favorecimiento del enemigo, espionaje y declaración de guerra o firma de paz en contra de lo dispuesto en la Constitución.

a) Inducción a la guerra

> El art. 581 castiga con la pena de prisión de quince a veinte años al «español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertare con ella para el mismo fin».

El precepto obedece a una realidad política desfasada, por cuanto es difícil que una declaración de guerra pueda hoy depender de una inducción individual de aquellas personas que en la potencia extranjera tengan este poder de decisión, tanto más si la inducción ha de ser

directa y eficaz. Lo mismo puede decirse respecto a la modalidad del «concierto», aunque en este caso se trata de una actividad similar a la conspiración que se eleva ya a la categoría de delito independiente, por lo que no es aplicable el art. 585 (en este sentido PORTILLA CONTRERAS, en Curso II, p. 918). En todo caso, es preciso el dolo. Bien jurídico protegido es aquí la paz internacional que puede ponerse en peligro con tales acciones. A diferencia de lo que se dispone en relación con el delito previsto en el art. 588, la «declaración de guerra» no debe entenderse aquí en sentido formal, bastando sólo que se induzca o se concierte para la guerra, aunque no medie o deba mediar declaración, ya que el tipo no requiere que se llegue a la declaración de guerra como tal y además ésta no dependería de la voluntad del Estado español, sino de la potencia extranjera.

Este delito, cuando es cometido por militar, se castiga en el art. 49 del Código penal militar con la pena de prisión de veinte a veinticinco años.

b) Favorecimiento del enemigo

Conductas de favorecimiento son todas las previstas en los artículos 582 y 583.

En esta materia deben tenerse en cuenta las paralelas y a veces casi idénticas disposiciones del Código penal militar (art. 49), cuyo art. 17 da, además, un concepto de «enemigo».

> – En el art. 582 se sancionan las siguientes conductas: «Será castigado con la pena de prisión de doce a veinte años:
> 1.º El español que facilite al enemigo la entrada en España, la toma de una plaza, puesto militar, buque o aeronave del Estado o almacenes de intendencia o armamento.
> 2.º El español que seduzca o allegue tropa española o que se halle al servicio de España, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas estando en campaña.
> 3.º El español que reclute gente o suministre armas u otros medios eficaces para hacer la guerra a España, bajo banderas enemigas».
>
> – Por su parte el art. 583 dice lo siguiente: «Será castigado con la pena de prisión de doce a veinte años:
> 1.º El español que tome las armas contra la Patria bajo banderas enemigas.
> Se impondrá la pena superior en grado al que obre como jefe o promotor, o tenga algún mando, o esté constituido en autoridad.

> 2.º El español que suministre a las tropas enemigas caudales, armas, embarcaciones, aeronaves, efectos o municiones de intendencia o armamento u otros medios directos y eficaces para hostilizar a España, o favorezca el progreso de las armas enemigas de un modo no comprendido en el artículo anterior.
> 3.º El español que suministre al enemigo planos de fortalezas, edificios o de terrenos, documentos o noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas.
> 4.º El español que, en tiempo de guerra, impida que las tropas nacionales reciban los auxilios expresados en el número 2.º o los datos y noticias indicados en el número 3.º de este artículo».

c) Espionaje

El art. 584 dice:

> «El español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, será castigado, como traidor, con la pena de prisión de seis a doce años».

Este precepto es más genérico que el número 3º del art. 583, que se refiere también a actos de espionaje, pero también de favorecimiento expreso al enemigo en guerra. El tipo *objetivo* del art. 584 encierra una doble modalidad típica. Por un lado, «se procure, falsee o inutilice información clasificada» y, por otro, «revele información clasificada». El concepto de espionaje cuadra mejor a la segunda, por lo que las otras conductas deben considerarse como actos preparatorios de la del inciso segundo, en cuyo caso quedan subsumidas en ésta, o como actos autónomos de favorecimiento del enemigo.

Para establecer el concepto de «información clasificada» hay que recurrir a la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre *secretos oficiales,* cuyo art. 1,2 considera «materia» clasificada aquélla cuyo conocimiento por persona no autorizada puede dañar o poner en riesgo la seguridad y la defensa del Estado.

En el *tipo subjetivo* se exige «el propósito de favorecer a una potencia extranjera», lo que distingue este precepto del delito previsto en el art. 598 (véase *infra* y BLAY VILLASANTE, en VARIOS, pp. 26 ss.).

d) Punibilidad de los actos de participación intentada

El art. 585 establece que «la provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores de este capítulo, serán castigadas con la pena de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente» (recuérdese lo dicho respecto a la acción de «concertarse» en el art. 581).

e) Declaración de guerra o firma de paz fuera de los cauces previstos en la Constitución

Éste fue uno de los delitos que se suprimió en la reforma de 1944; pero en un régimen democrático constitucional, actos tan graves para la vida de un país como es la entrada en guerra o la firma de la paz con un Estado enemigo tienen que tener el necesario refrendo parlamentario y cumplir una serie de requisitos establecidos constitucionalmente. En este sentido, los arts. 63,3, 74, 94, 97 y 102 de la Constitución establecen el correspondiente procedimiento. El art. 588 del Código penal castiga con la pena de prisión de quince a veinte años a «los miembros del Gobierno que, sin cumplir con lo dispuesto en la Constitución, declararan la guerra o firmaran la paz». Más que de un delito de traición se trata de un delito contra la Constitución que por su trascendencia para la vida del propio Estado se eleva a la categoría de traición.

La polémica surgida respecto a la intervención de tropas españolas en la invasión de Irak en marzo de 2003 planteó el problema de si la decisión del Gobierno presidido por Aznar de enviar dichas tropas sin declaración de guerra era ya, no sólo inconstitucional, sino constitutiva de este delito. Desde luego, si el concepto «declaración de guerra» se interpreta en sentido estricto formal, en este caso no hubo tal declaración, pero sí una intervención en operaciones bélicas que, aunque no es subsumible en este precepto, sí lo es quizás en alguno de los del capítulo siguiente.

DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ O LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO

La similitud entre estos delitos y los anteriormente vistos de traición es grande y hace a veces difícil distinguir algunos tipos. Normalmente se suele considerar que los delitos recogidos en el Capítulo II

son menos graves que los de traición, lo que, si bien en líneas generales es cierto, no es un criterio decisivo. La diferencia fundamental hay que buscarla en su relación con la guerra. Mientras la traición, por lo menos en sus tipos principales, está en íntima relación con una situación de guerra, los delitos del Capítulo II, también en líneas generales, no tienen esa íntima relación con una situación de guerra e incluso algunos tipos no se refieren en absoluto a ella. De ahí que algunos de ellos (cfr. por ej., arts. 589, 590, 597) evoquen situaciones o concepciones un tanto trasnochadas de las relaciones entre los Estados; pero no debe olvidarse que cuando el mundo estaba dividido en grandes bloques, como la OTAN y el Pacto de Varsovia, durante todo el periodo de la llamada «guerra fría», tras la Segunda Guerra Mundial hasta casi finales del siglo XX, muchas de estas conductas realizadas en relación con países del otro bloque eran objeto de sanción, y que pueden volver a darse situaciones similares en las que estos preceptos recuperen toda su vigencia, sobre todo en tiempo de guerra, en el que conductas en sí inocuas (como tener correspondencia con alguien residente en otro país u oír emisiones radiofónicas extranjeras) se convierten en delictivas. Los bienes jurídicos concretamente protegidos son distintos en algunos casos, así, por ejemplo, se habla unas veces de «seguridad» (art. 589), otras de «autoridad del Estado», «dignidad o intereses vitales» (art. 592), «crédito del Estado» (art. 594,1), etc.; aunque todos ellos son reconducibles a los más genéricos de paz e independencia del Estado.

En el Código se habla de paz o independencia conjuntamente, sin distinguirse los delitos que afectan a uno u otro bien jurídico; sin embargo, a efectos expositivos se puede distinguir entre:

A) DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ

En estos delitos la referencia a la guerra está más patente, por cuanto la paz sólo se quebranta con la guerra. Pero, como observaba Rodríguez Devesa (p. 632), «no se recogen en este lugar las conductas que partiendo del hecho de una guerra existente favorecen al enemigo, exponiendo el país a perderla, ni aquellas deliberadamente encaminadas a poner fin a la paz, sino una serie de comportamientos, sea en tiempo de paz o de guerra, que implican un riesgo de que la guerra alcance a España o se frustren las perspectivas de paz».

En este grupo se incluyen los siguientes tipos delictivos:

a) Actos hostiles

> Castiga el art. 590,1 con la pena de prisión de ocho a quince años, si el sujeto activo fuere autoridad o funcionario, y con la de prisión de cuatro a ocho, si no lo fuere, al «que, con actos ilegales o que no estén debidamente autorizados, provocare o diere motivo a una declaración de guerra contra España por parte de otra potencia, o expusiere a los españoles a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes».

El núcleo del tipo lo constituye la realización de los «actos ilegales». Normalmente este tipo de actos son constitutivos de un delito contra los intereses de la potencia extranjera que puede declarar la guerra a España o en la que se encuentran los españoles que pueden ser objeto de represalias (rapto o asesinato del embajador, sabotaje, insulto o destrucción de sus símbolos, etc.). Pero, como indicaba CUELLO (II, p. 22), es dudoso que de estos actos «ilegales o no debidamente autorizados» se derive una guerra, aunque sí represalias o vejaciones para los españoles; en todo caso, como indica PRATS CANUT (en QUINTERO, Comentarios, p. 1602), no deja de ser sorprendente que se equipare que del hecho se pueda derivar una declaración de guerra o sólo vejaciones o represalias para los españoles. Desde luego deben tenerse en cuenta las normas y usos internacionales, pues mal puede calificarse de ilegal un acto realizado conforme a esas normas, por más que pueda originar un peligro de guerra o represalia (por ejemplo, el embargo de un contrabando de armas).

En todo caso, los actos de hostilidad deben tener un mínimo de idoneidad en orden a producir causalmente los resultados que se indican en el tipo. La publicación de una noticia en un periódico, indicando que en España han desembarcado tropas de una potencia aliada con destino a otro país, en el que se pretende intervenir, no es un acto de hostilidad y desde luego no es idóneo normalmente para producir resultados como los señalados. No se opone a esta tesis el que en el apartado 2 del mismo art. 590 se disponga que «si la guerra no llegare a declararse ni a tener efecto las vejaciones o represalias, se impondrá, respectivamente, la pena inmediata inferior», pues, en todo caso, esto prueba que la guerra o las vejaciones son meras cualificaciones, pero no es obstáculo para seguir exigiendo la idoneidad causal de los actos hostiles en orden a producir dichos resultados.

b) Protección a la neutralidad

> El art. 591 castiga con las penas previstas en el art. 590, en sus respectivos casos, al «que, durante una guerra en que no intervenga España, ejecutare cualquier acto que comprometa la neutralidad del Estado o infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantenerla».

La similitud con el art. 590 es evidente, no sólo en lo que se refiere a las penas y modalidades, sino también porque aquí se tipifican igualmente actos que pueden comprometer la paz del Estado. La declaración de neutralidad en una guerra supone no sólo la abstención de participar en acciones bélicas (no beligerancia), sino la imparcialidad del Estado en la guerra llevada a cabo entre otros Estados (véase, por ejemplo, Decreto 23 noviembre 1914).

c) Violación de tregua o armisticio

> El art. 593 castiga con la pena de prisión de ocho a quince años «a quien violare tregua o armisticio acordado entre la Nación española y otra enemiga, o entre sus fuerzas beligerantes».

La tregua y el armisticio son situaciones transitorias de paz durante una guerra. Su violación es un atentado a la paz, aunque sea provisional. La razón de su incriminación es la misma que en los delitos anteriores, es decir, se castiga independientemente del resultado que desencadene la violación y de la persona que la realice.

d) Recluta ilegal

> Castiga el art. 595 con la pena de prisión de cuatro a ocho años al «que, sin autorización legalmente concedida, levantare tropas en España para el servicio de una potencia extranjera, cualquiera que sea el objeto que se proponga o la Nación a la que intente hostilizar».

Según indicaba CUELLO (III, p. 26, nota 1), la razón de la incriminación de estos hechos es doble: «una, la posibilidad de complicaciones internacionales; otra, la usurpación de una función del Estado, ya que sólo él tiene facultad para levantar tropas»; pero el Código hace recaer el centro de gravedad en el monopolio estatal, ya que en los casos en que exista «autorización legalmente concedida» no se realizará este delito, por más que se lesionen las normas internacionales.

La contratación de tropas mercenarias, abierta o encubiertamente, en algunos países europeos para hacerlas intervenir en los conflictos de países del Tercer Mundo puede subsumirse en este precepto. Se trata de un delito de peligro abstracto, dado que la formación de un ejército fuera de los cauces legalmente establecidos es siempre un peligro para la paz, pero si la conducta es subsumible en el art. 582,2º o en el 583, serán estos preceptos conforme al principio de alternatividad (art. 8,4º) de preferente aplicación.

e) Correspondencia con país enemigo

> Art. 596: «1. El que, en tiempo de guerra y con el fin de comprometer la paz, seguridad o independencia del Estado, tuviere correspondencia con un país enemigo u ocupado por sus tropas cuando el Gobierno lo hubiera prohibido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años. Si en la correspondencia se dieran avisos o noticias de las que pudiera aprovecharse el enemigo se impondrá la pena de prisión de ocho a quince años.
> 2. En las mismas penas incurrirá el que ejecutare los delitos comprendidos en este artículo, aunque dirija la correspondencia por país amigo o neutral para eludir la Ley.
> 3. Si el reo se propusiera servir al enemigo con sus avisos o noticias, se estimará comprendido en el número 3.º o el número 4.º del artículo 583».

La naturaleza de este delito es compleja. Por una parte, se trata de una desobediencia a la prohibición del Gobierno de mantener correspondencia común con país enemigo; pero, por otra, se trata de un delito de «sospecha» de traición o de hechos muy próximos a ella, por lo que en cierto modo es lógica la disposición del párrafo último, ya que, al existir propósito de servir al enemigo, el delito de traición es evidente cualquiera que sea la modalidad de la correspondencia. El concepto de correspondencia debe entenderse en el sentido más amplio, siendo indiferente que se dirija directa o indirectamente al país enemigo.

f) Salida ilegal del territorio nacional

> El art. 597 castiga con la pena de multa de seis a doce meses al «español o extranjero que, estando en el territorio nacional, pasare o intentare pasar a país enemigo cuando lo haya prohibido el Gobierno».

Las limitaciones al derecho fundamental que tiene toda persona a salir y a entrar libremente de su propio país (art. 19 CE y art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948) sólo están justificadas en casos de grave peligro para la paz o la independencia del Estado. Presupuesto del delito es que el sujeto activo, español o extranjero, se encuentre en territorio nacional. Se equipara tanto la consumación («pasare») como el intento. El concepto de tentativa debe tomarse en sentido estricto.

B) DELITOS QUE COMPROMETEN LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO

En este grupo se incluyen aquellos delitos recogidos en el Capítulo II que suponen una injerencia desde el exterior en la *soberanía*, también en la *dignidad* y *prestigio* de la nación española. Pero estos conceptos no pueden entenderse en un sentido absoluto, pues un tal entendimiento conduciría al aislamiento del país reacio a seguir las indicaciones o incluso presiones del exterior en relación con su política interna. Los delitos que seguidamente se exponen deben interpretarse, por tanto, restrictivamente y aplicarse sólo en aquellos casos en que existen ataques graves a la independencia.

a) Publicación o ejecución de disposiciones de Gobiernos extranjeros

> Dice el art. 589: «El que publicare o ejecutare en España cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero que atente contra la independencia o seguridad del Estado, se oponga a la observancia de sus Leyes o provoque su incumplimiento, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años».

Originariamente, un precepto similar a éste en el Código penal de 1870 se refería a la publicación de disposiciones de la Santa Sede, en un entendimiento regalista de las relaciones Iglesia-Estado. La referencia a disposiciones de Gobiernos extranjeros no excluye, desde luego, la redacción originaria, pero sí queda fuera del tipo la publicación o ejecución en la Nación de informes o documentos de entes internacionales que no tengan carácter estatal (Amnistía Internacional, ONU, UNESCO, etc.).

b) Inteligencia con el extranjero

> El art. 592,1 castiga con la pena de prisión de cuatro a ocho años a «los que, con el fin de perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España, mantuvieran inteligencia o relación de cualquier género con Gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, Organismos o Asociaciones internacionales o extranjeras». En el apartado 2 se dice que si con los actos descritos en el apartado anterior se tratare de provocar una guerra o rebelión, será castigado con arreglo a los artículos 581, 473 ó 475 de este Código, según los casos.

Como ya se ha dicho antes, no todo entendimiento o relación con el extranjero puede ser castigado, sino aquél que, como en este caso, se haga con la finalidad «de perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España». De la última expresión, «intereses vitales», se deduce que deben ponerse en peligro intereses verdaderamente importantes del país, quedando fuera del tipo supuestos como el pretender la consecución de derechos elementales o la mejora de condiciones de vida, etc. No puede, por ejemplo, considerarse incurso en este supuesto quien se pone en contacto con un órgano internacional para denunciar graves limitaciones a los derechos fundamentales que ocurren en su país, sobre todo cuando el país pertenece al organismo internacional y dice seguir sus indicaciones en esta materia.

c) Derrotismo

> El art. 594 establece: «1. El español que, en tiempo de guerra, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos encaminados a perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la Nación, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años.
> 2. En las mismas penas incurrirá el extranjero que en el territorio español realizare cualquiera de los hechos comprendidos en el apartado anterior».

El tipo contiene una doble limitación: por una parte, en su aspecto objetivo, la noticia o rumor han de ser «falsos»; por otra parte, estos actos deben ir encaminados «a perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la Nación». Como ya antes se ha dicho, los términos «crédito», «autoridad», «dignidad» e «interés» deben entenderse en un sentido estricto.

DELITOS RELATIVOS A LA DEFENSA NACIONAL

La Ley de 9 de diciembre de 1985 introdujo en el anterior Código penal los «Delitos relativos a la defensa nacional», que ahora se tipifican en el Capítulo III del Título XXIII. El Capítulo III se dividía a su vez en dos Secciones, la segunda de las cuales se dedicaba a los delitos contra el servicio militar. La Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, ha suprimido sin embargo la división en Secciones y derogado el art. 604 como consecuencia lógica de la desaparición del servicio militar obligatorio y la creación de un ejército profesional (sobre la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 12ª/13ª ed., pp. 798 ss. y la bibliografía allí citada).

TIPOS LEGALES

El Capítulo III, dedicado al *descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional,* contiene varios tipos delictivos autónomos:

> 1º) El art. 598 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años al que, «sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar».

En el *tipo objetivo* el concepto de mayor importancia es el de «información legalmente calificada como reservada o secreta». En el art. 2 de la ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, y disposiciones concordantes, no se habla de «informaciones», sino de «materias» y, por otra parte, el art. 1,2 de la citada Ley admite materias secretas, aunque no estén calificadas. Estas últimas no están comprendidas en el tipo.

Por «información» (o materia) calificada hay que entender según el art. 2 de la citada Ley, modificada por la Ley 48/1978 de 7 de octubre, «los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado», si bien el art. 598 amplía el tipo a la información «relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar»

que, a mi juicio, deberán afectar a la defensa nacional, que es el bien jurídico protegido en toda esta materia.

Las conductas típicas no necesitan ir acompañadas de ningún elemento subjetivo específico. Si concurriere «el propósito de favorecer a una potencia extranjera» el delito se convierte en el de espionaje previsto en el art. 584 (véase *supra*; cfr. también arts. 53 y 54 Código penal militar). La cualidad personal del sujeto activo y la revelación con publicidad del secreto constituye la cualificación prevista en el art. 599:

> «La pena establecida en el artículo anterior se aplicará en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
> 1.º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.
> 2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión».

> 2º) El art. 600,1 castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años al que «sin autorización expresa reprodujere planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta» (cfr. art. 55 Código penal militar).
> 3º) El art. 600,2 castiga con la misma pena al que «tenga en su poder objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, relativos a la seguridad o a la defensa nacional, sin cumplir las disposiciones establecidas en la legislación vigente» (cfr. art. 55 Código penal militar).

Los delitos contenidos en este art. 600 constituyen una relación alternativa de conductas. La contenida en el apartado 1 consiste en la reproducción de la información legalmente clasificada; la segunda en la tenencia no autorizada de ese material. De este modo se resuelve un problema de prueba, pues en el caso de que conste la segunda modalidad de conducta, pero no pueda probarse la primera, será aquélla la que se aplique. Pero si el sujeto que tiene el material es quien lo ha reproducido, será esta modalidad de preferente aplicación, siendo la tenencia un mero acto copenado posterior. Al mismo tiempo, ambos tipos son subsidiarios del delito previsto en el art. 598, que será aplicable cuando la reproducción o la tenencia se lleve a cabo para revelar la información, de la que las conductas contenidas en el art. 600 son

también una alternativa, cuando dicho propósito no pueda probarse (en este sentido, MORALES GARCÍA, en QUINTERO, Comentarios, p. 2265).

> 4º) El art. 601 castiga con la pena de prisión de seis meses a un año al que «por razón de su cargo, comisión o servicio, tenga en su poder o conozca oficialmente objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional, y *por imprudencia* grave dé lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o divulgados, publicados o inutilizados» (cfr. art. 56 Código penal militar).

Este precepto prevé expresamente el castigo de la modalidad de comisión imprudente, aunque, como observa MORALES GARCÍA (en QUINTERO, Comentarios, p. 2266), se amplía el objeto de la misma a objetos que no han sido separados del circuito general de conocimiento mediante acto de calificación alguno, ni tiene por consiguiente carácter reservado o secreto. Ello no obstante, considero que el objeto material de esta modalidad es el mismo que en los artículos precedentes, ya que en definitiva deben afectar a la seguridad nacional o la defensa nacional, que es el bien jurídico protegido común en todos ellos. La exigencia de que se trate de una información que el sujeto tenga en su poder o conozca por razón de su cargo, comisión o servicio refuerza esta interpretación y da al precepto un contenido material que va más allá del simple ilícito disciplinario.

> 5º) Art. 602: «El que descubriere, violare, revelare, sustrajere o utilizare información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la energía nuclear, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, salvo que el hecho tenga señalada pena más grave en otra Ley» (cfr. arts. 50, 52, 56 Código penal militar).

Este precepto proviene del art. 87 de la Ley sobre Energía Nuclear, que precisamente fue derogado al introducirse en el Código penal de 1995 el delito en él previsto, aunque con alguna diferencia terminológica. Aquí se exige que se trate de una «información legalmente calificada como reservada o secreta», con lo que de nuevo tenemos que acudir a la definición que de la misma se hace en la legislación sobre la materia. Aunque este precepto es más específico que los anteriores, se deja a salvo la posibilidad de que si el hecho tiene asignada una pena más grave en otro precepto sea éste el aplicable, lo que demuestra la superfluidad de su tipificación expresa en

la medida en que casi siempre será de preferente aplicación el art. 598 y, en su caso, la cualificación prevista en el art. 599.

6º) Art. 603: «El que destruyere, inutilizare, falseare o abriere sin autorización la correspondencia o documentación legalmente calificada como reservada o secreta, relacionadas con la defensa nacional y que tenga en su poder por razones de su cargo o destino, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años» (cfr. art. 414 e *infra* capítulo XLI: infidelidad en la custodia de documentos, y art. 60 Código penal militar).

Se trata de un delito que encierra distintas modalidades delictivas (daños, falsedades, infidelidad en la custodia de documentos) unidas por la referencia al mismo objeto material: «documentación legalmente calificada como reservada o secreta». Igual que en los anteriores preceptos este material tiene que estar relacionado con la defensa nacional. El sujeto activo debe tener este material en su poder por razones de su cargo o destino.

Posible justificación de la revelación de secretos: remisión a otro lugar

El auto del TS de 20 de febrero de 1995 consideró que no eran aplicables estos delitos cuando el funcionario era llamado por los Tribunales de Justicia para declarar sobre la posible comisión de delitos que se hubieran realizado amparados bajo el manto de la calificación legal de secretos. El Tribunal de Conflictos en su sentencia de 15 de diciembre de 1995 decidió, al resolver el conflicto de competencias entre un Juez que investigaba la posible implicación de los Servicios Secretos del CESID en actos delictivos y el Ministerio de Defensa del que dependía dicho organismo, que dicha revelación que supone la desclasificación de materias legalmente clasificadas debe solicitarse por el Juez al Consejo de Ministros, pero no que, una vez observadas todas las garantías y precauciones, no puedan ser accesibles a la investigación judicial. En esta línea la STS de la Sala 3ª (Contencioso-administrativo) desclasificó varios documentos por su posible relación con procedimientos penales, revocando la clasificación acordada por el Consejo de Ministros. El problema no sólo afecta a este tipo de secretos, sino también a otros que el funcionario pueda tener obligación de guardar por razón de su oficio, de ahí que nos ocupemos con más detenimiento de este problema en el capítulo XLI, cuando hablemos de la violación de secretos (para más detalles sobre el problema en relación con estos delitos, véase MORALES GARCÍA, en QUINTERO, Comentarios, p. 2262; PORTILLA CONTRERAS, en Curso II, pp. 939 ss.; SERRANO GÓMEZ, p. 979, nota 4).

DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO XXXIV

A) Rebelión. Delitos contra la Corona. Delitos contra las Instituciones del Estado. Excurso: Sobre la aplicación de la *exceptio veritatis*. Delitos contra la división de poderes

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *El llamado «Derecho Penal político de nuevo cuño», sus presupuestos y directrices*, CPC 1977; GONZÁLEZ GUITIÁN, *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el Proyecto de 1980*, EPC 1979/1980; HIGUERA GUIMERÁ, *Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 febrero 1978*, ADP 1978; LANDROVE DÍAZ, *Los delitos contra el Jefe del Estado y la reforma de 1971 del Código penal español*, en Temas Penales, Santiago de Compostela 1973; LUZÓN PEÑA, *Delitos contra altos organismos de la Nación*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; MAQUEDA ABREU, *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, PJ 1988; MUÑOZ CONDE, *Reformas penales 1977*, CPC 1977; el mismo, *Sobre aplicación de la «exceptio veritatis» al delito previsto en el art. 161,1º, del vigente Código penal*, CPC 1982; el mismo, *Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de Derecho*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; MUÑOZ LORENTE, *La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado*, Derecho y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas) 1994; MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988; PUIG PEÑA, *Delitos contra el Consejo de Ministros*, NEJ VI, 1954; el mismo, *Delitos contra las Cortes y sus miembros*, NEJ VI, 1954; el mismo, *Delitos contra el Jefe de Estado*, NEJ VI, 1954; SERRANO GÓMEZ, *Ejecución de las penas en los delitos contra la seguridad interior del Estado*, REP 1971; SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado Social*, Barcelona 1989; TERUEL CARRALERO, *La nueva rubricación «delitos contra los altos organismos de la Nación»*, ADP 1968; VIVES ANTÓN, *Reforma política y Derecho Penal*, CPC 1977; el mismo, *Estado de derecho y Derecho penal*, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982.

Sobre el Código penal de 1995: MANZANARES SAMANIEGO, *Los delitos contra la división de poderes*, AP 1997; ROIG TORRES, *Algunas consideraciones sobre los arts. 508 y 509 del C.p. de 1995*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997.

Sobre rebelión véase *infra*.

En un Estado de Derecho la norma fundamental que regula la actividad del mismo y sirve de base a todas las demás normas jurídicas es la Constitución. De la existencia de una Constitución o Ley Fundamental se derivan, por tanto, diversas consecuencias para todo el Ordenamiento jurídico, pero especialmente para el Derecho penal y para la protección que se brinda a sí mismo el Estado a través del Derecho penal. Por un lado, la Constitución configura la organización y el funcionamiento de las Instituciones políticas fundamentales de acuerdo con el principio democrático de que el poder político emana del pueblo, generando así la expectativa en una correcta actuación de las mismas en base a las normas que disciplinan dicha actuación, que se contienen o se derivan directamente de la propia Constitución. Por otro lado, la actuación de esas Instituciones y del Estado en su conjunto debe estar encaminada a la consecución de unas metas de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que constituyen los valores superiores de su Ordenamiento jurídico, respetando, al mismo tiempo, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, la ley y los derechos fundamentales que se reconocen en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Tratados y Acuerdos internacionales sobre ellos ratificados por España. Asumidos estos principios en la Constitución española de 1978 (cfr. arts. 1 y 10 CE), era lógico que el Código penal de 1995, el «Código penal de la democracia», brindara especial protección a estos dos aspectos fundamentales de la Constitución, como Ley de Leyes y Carta de reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades democráticas de los ciudadanos. Con la referencia a la Constitución se reafirma, pues, la seguridad que deben tener los ciudadanos en que el Estado ajuste su actuación a las normas fundamentales o constitucionales aprobadas por esos ciudadanos democráticamente, respetando los derechos fundamentales en ellas reconocidos de acuerdo con el *principio de la estatalidad jurídica* o del Estado democrático de Derecho, que, como decíamos en la introducción a esta sección de los delitos contra el Estado, es uno de los grandes principios rectores de la regulación de esta materia.

REBELIÓN

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por Ley Orgánica 2/1981, de 4 mayo,* CPC 1981; el mismo, *Rebelión,* en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; CALDERÓN SUSÍN, *El nuevo artículo 226,* en Comentarios a la legislación penal X, Madrid 1989; CARBONELL MATEU, *Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo,* en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; COBO DEL ROSAL, *Función y naturaleza del art. 226 del Código penal,* ADP 1968; DEL ROSAL, *De la excusa absolutoria del art. 226 del Código penal,* ADP 1965; GARCÍA RIVAS, *Delitos contra el sistema constitucional,* DJ 1983; el mismo, *El delito de rebelión: vestigios de autoritarismo secular,* JD 1988; el mismo, *La rebelión militar en Derecho penal (la conducta punible en el delito de rebelión),* Ciudad Real 1990; MONTULL LAVILLA, *El delito de rebelión,* en Comentarios a la legislación penal X, Madrid 1989.

Sobre el Código penal de 1995: FERNÁNDEZ RODERA, *Los delitos de rebelión y sedición,* La Ley 1996; ROXIN, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada,* en Ferré Olivé /Anarte Borrallo (edit.), Delincuencia organizada, Huelva 1999.

El delito de rebelión goza de gran tradición en la moderna Historia de España. El siglo XIX, la época de la Codificación, fue pródigo en intentonas militares y golpes de Estado; y ya en pleno siglo XX, aparte de otros golpes de Estado, como el de Primo de Rivera en 1923, y algún intento menor, como el de Sanjurjo en 1932, el 18 de julio de 1936 se produjo una rebelión contra el Gobierno legítimo de la República que generó una Guerra Civil, a cuya finalización se instauró por los rebeldes vencedores de la contienda un régimen dictatorial que duró casi cuarenta años. Tras la restauración democrática, el intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 motivó una reforma de la regulación de este delito en el Código penal anterior por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modificó algunos extremos importantes y que avanzó ya el carácter de delito contra la Constitución que caracteriza la rebelión, más allá del simple delito contra el orden público que era como se le concebía en el Código penal anterior (cfr. sobre esta reforma ARROYO ZAPATERO, 1981, pp. 379 ss.; y sobre la regulación anterior a esta reforma, MUÑOZ CONDE, 3ª ed., pp. 578 ss.; también la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que derogó los arts. 216 bis,a),2 y bis,b), y la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código penal, que incidieron en la configuración de este delito en el anterior Código penal).

En el Código penal de 1995 la rebelión encabeza el Título de los delitos contra la Constitución (Título XXI, Capítulo I), demostrando así que su principal característica es que constituye un atentado a las bases del propio sistema constitucional y ciertamente el más grave de

todos por cuanto supone un ataque armado, con levantamiento de tropas, alzamiento público y violento, capaz de generar una Guerra Civil. Pero la rebelión supone, al mismo tiempo, un atentado a la paz pública y con ello al orden público, lo que le da un paralelismo estructural evidente con el delito de sedición (cfr. *infra* capítulo XXXVII) y la distingue de otros delitos contra la Constitución en los que no se da esa lesión de la paz pública. A efectos expositivos se pueden clasificar los distintos tipos delictivos del siguiente modo:

1. REBELIÓN PROPIA

> Art. 472: «Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:
> 1º. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
> 2º. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
> 3º. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
> 4º. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.
> 5º. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.
> 6º. Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.
> 7º. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno».

Tipo objetivo

La acción consiste en «alzarse violenta y públicamente». Alzarse equivale a levantarse, desobedeciendo o resistiendo colectivamente a alguien, en este caso al poder legítimamente constituido. Dicho alzamiento debe manifestarse «violenta y públicamente», es decir, empleando la violencia de un modo abierto y alterando la normalidad y tranquilidad ciudadanas.

El sujeto activo es un sujeto plural, colectivo. No existe, por tanto, la rebelión individual de una sola persona. Es indiferente, sin embargo, el número de personas que se rebelan, siempre que sea un número

lo suficientemente relevante en orden a conseguir los fines fijados en el tipo. Aunque la distinta contribución y participación cualitativa sea relevante para determinar la responsabilidad de los rebeldes, lo decisivo es que haya un acuerdo de voluntades y un mínimo de organización previos al alzamiento. Por eso se considera la rebelión un *delito de convergencia*, lo que determina algunas particularidades en relación a la calificación de las distintas contribuciones al mismo (véase *infra*).

Tipo subjetivo

Los rebeldes deben alzarse para conseguir alguno de los fines descritos en el art. 472. Cada uno de estos fines, con excepción del nombrado en el número 3º, puede constituir *per se* un delito contra el Jefe del Estado (número 2º = art. 489), contra las Cortes (número 4º = arts. 493 a 501), contra el Gobierno (número 6º = art. 503), etc. Las diferencias deben buscarse en la modalidad comisiva, debiendo apreciarse la rebelión siempre que haya alzamiento violento y público. De todos modos, tras la reforma de 1981 ya pasó a un primer plano la *defensa de la Constitución* como el bien jurídico protegido en la rebelión, lo que se mantiene también en el Código penal de 1995, al mencionarse en el art. 472 como primero de los fines de la misma el «derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución» (en este sentido, García Rivas, 1990, pp. 205 ss.). El número 4º protege la configuración bicameral de las Cortes y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. El número 5º configura como rebelión el alzamiento violento y público con finalidad separatista. Y el número 7º está a su vez relacionado con el art. 475 (cfr. *infra*).

Causas de justificación

Cuando la rebelión no triunfa, los rebeldes suelen alegar el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber (defensa de la Constitución, peligro para la independencia de la nación, etc.). Cuando triunfa, los rebeldes se constituyen en un *poder fáctico* que declara rebeldes a los que antes detentaban legítimamente el poder. Un ejemplo evidente de ello lo tenemos en la condena de las fuerzas leales a la República (poder legítimo) por rebelión tras la terminación de la Guerra Civil (1936-1939). En el plano del Estado social y democrático de Derecho en el que nos movemos no se puede admitir ningún ataque a las bases

fundamentales del régimen constitucional fuera de las vías legales y mucho menos mediante un alzamiento violento y público.

Los argumentos utilizados por las defensas en el proceso que tuvo lugar por el intento de Golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 en pro de la justificación de la conducta de sus patrocinadores carecen de razón en un Estado social y democrático de Derecho en el que cualquier cambio político al margen de los cauces constitucionales, más si se realiza o se pretende realizar por medios violentos, uso de las armas, etc., es un ataque a la existencia del Estado de Derecho mismo. Tampoco la tesis de la obediencia debida puede proponerse como causa de justificación, pues expresamente lo vedaba el propio art. 186,12º del antiguo Código de Justicia militar cuando la orden entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de guerra y a la Constitución (cfr. considerandos sexto, séptimo, octavo y noveno de la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio de 1982, y comentario a la misma de García Rivas, 1990, pp. 221 ss.).

En principio no está excluida la posibilidad de que a través del error de prohibición las causas de justificación putativas puedan transformarse en causas de inculpabilidad o en atenuaciones de la culpabilidad de los rebeldes, si éstos apreciaron erróneamente la existencia de los elementos objetivos que las fundamentan. Pero normalmente este tipo de error no puede darse en quienes, por ejercer puestos de mando y de responsabilidad, tienen el deber de cerciorarse e informarse previamente a su actuación y de conocer los límites legales de sus atribuciones (cfr. considerandos 15 y 16 de la STS 22 abril 1983).

Formas imperfectas de ejecución y formas de participación intentada

Por las razones acabadas de citar la rebelión es un delito de *consumación anticipada*, por lo que se consuma con el mero alzamiento, no siendo necesario que los rebeldes consigan sus fines, pues si los consiguen ya no serán rebeldes sino poder fáctico, aunque viciado en su origen.

Sí caben, por el contrario, los llamados actos de participación intentada (conspiración, proposición y provocación), tipificados expresamente en el art. 477, pues la rebelión supone casi necesariamente un previo acuerdo de voluntades y un mínimo de preparación y organización. Si el alzamiento se produce, las conductas del art. 477 quedan subsumidas en él, a no ser que los conspiradores o provocadores no participen en el alzamiento o su contribución no pueda calificarse de participación *stricto sensu* (para los casos de desistimiento véase *infra*). La pena para los casos previstos en el art. 477 es, además de la inhabilitación prevista en los artículos anteriores, la de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

Penalidad

La penalidad varía según la importancia de la participación personal en el alzamiento y según los resultados de éste.

a) Por la participación personal

1º) Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (art. 473,1).

2º) Los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (art. 473,1).

3º) Los meros participantes, con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años (art. 473,1).

Esta forma de punición en cascada es característica del delito de rebelión, en el que casi siempre los ejecutores materiales de la misma (los «meros participantes», simples soldados, etc.) son castigados con una pena menos grave que los cargos subalternos y sobre todo con menor pena que los inductores, promotores y jefes principales de la rebelión. Igual que sucede en algunos delitos económicos cometidos en el ámbito de la empresa, también aquí hay que invertir el sistema metodológico característico de la teoría tradicional de la participación, según el cual el ejecutor es siempre el autor principal. Así, por ejemplo, muchas veces los conspiradores, aunque no pasan a realizar actos ejecutivos, forman parte del «organigrama operativo» que dirige las operaciones y asume la responsabilidad o la jefatura, o tareas de mediación y negociación entre los rebeldes y el poder constituido. A ellos se refiere el número 1º, debiendo entenderse que las personas mencionadas en dicho apartado son, en realidad, *coautores*, calificación que es aplicable tanto a los que inducen a los rebeldes, como a los que promueven y sostienen la rebelión, y a los jefes, pues como ya decía la STS de 18 de marzo de 1935, «para que se estime desempeñada la jefatura de la insurrección no es preciso que el caudillo insurgente se ponga al frente de una unidad o grupo rebelde, acreditándose por la organización en conjunto del movimiento y por las órdenes e instrucciones que dio a los jefes y oficiales comprometidos», criterio con el que se fundamentaba la máxima responsabilidad del General Sanjurjo en el Golpe de Estado de agosto de 1932, y posteriormente en la STS de 22 de abril de 1983, la del General Armada en el Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 (véase también *infra* y art. 474). La fundamentación

de esta (co)autoría, que, en cierto modo, es una (co)autoría mediata o una «(co)autoría tras otra (co)autoría», que se sirve de otros coautores (mandos intermedios, subalternos, meros participantes), puede fundamentarse con una teoría del dominio funcional del hecho (cfr. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 6ª ed., p. 452 ss.) o con la teoría de ROXIN (pp. 191 s.) de la autoría mediata «sirviéndose de un aparato de poder» en el que los mandos intermedios y los ejecutores, también (co)autores, son instrumentos, meros eslabones de una cadena; pero lo que está claro es que en este tipo de criminalidad la característica fundamental que determina la máxima responsabilidad es el dominio de la estructura de poder y de la organización o, como dice la STS de 22 de abril de 1983, el «organigrama operativo» y no la simple intervención en el alzamiento mismo. Ello no supone, como cree TAMARIT SUMALLA (en QUINTERO, Comentarios, p. 2020), una derogación de las reglas genéricas que rigen la autoría y la participación, pero tampoco, como dice CANCIO MELIÁ (en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 1236), que rijan sin más las reglas generales, pues las particularidades del delito de rebelión obligan a una revisión de la concepción tradicional de la autoría elaborada en base a los delitos contra la vida y demás bienes jurídicos individuales. No obstante, si a pesar de estos actos de planificación, organización, conspiración, etc., la rebelión, es decir, el alzamiento, no llega a manifestarse, los que intervienen en la fase anterior a la ejecución sólo podrán ser hechos responsables por las formas de participación intentada previstas en el art. 477 (véanse Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 14 noviembre 1984, y GARCÍA RIVAS, 1990, pp. 233 s.).

El art. 474 dice que «cuando la rebelión no haya llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán como tales los que de hecho dirijan a los demás, o lleven la voz por ellos, o firmen escritos expedidos a su nombre, o ejerzan otros actos semejantes de dirección o representación». Aunque la redacción del precepto da a entender que nos hallamos ante un delito de sospecha (así TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO, Comentarios, p. 2022), en realidad se trata de una precisión legal sobre los criterios en los que debe basarse la atribución del carácter de jefe de la rebelión, que, lógicamente, una vez que fracasa y hay un proceso penal en marcha, nadie va a asumir. La constatación de tales actos permite atribuir esa cualidad, siempre que de ello se pueda deducir el dominio funcional de la organización o del aparato de poder, que, como decíamos antes, son los criterios que fundamentan la autoría en estos delitos y, en el caso de los jefes y asimilados, también la máxima responsabilidad.

b) Por los resultados

Art. 473,2: «Si se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima, o la rebelión hubiese causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión, las penas de prisión serán, respectivamente, de veinticinco a treinta años para los primeros, de quince a veinticinco años para los segundos y de diez a quince años para los últimos».

2. SUPUESTOS DE FAVORECIMIENTO O AYUDA A LA REBELIÓN

Además de la punición expresa de los actos de participación intentada del art. 477, en otros preceptos de este Capítulo I se tipifican una serie de conductas de ayuda o de favorecimiento a la rebelión, o formas de omisión e incumplimiento de deberes por parte de autoridades especialmente obligadas a oponerse o a no colaborar con la misma, que sucintamente vamos a mencionar:

a) Seducción de tropas

Art. 475: «Serán castigados como rebeldes con la pena de prisión de cinco a diez años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años los que sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión.
Si llegara a tener efecto la rebelión, se reputarán promotores y sufrirán la pena señalada en el artículo 473».

b) Conductas favorecedoras por parte de militar

Art. 476: «1. El militar que no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años e inhabilitación absoluta de seis a diez años.
2. Será castigado con las mismas penas previstas en el apartado anterior en su mitad inferior el militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denuncie inmediatamente a sus superiores o a las autoridades o funcionarios que, por razón de su cargo, tengan la obligación de perseguir el delito».

Se trata de delitos de omisión de los que sólo pueden ser sujetos activos los «militares», cuyo concepto viene dado en el art. 8 del Código penal militar. Sin embargo, en el párrafo 1 sólo puede ser sujeto activo el militar «en activo», es decir, con mando (véase MONTULL LAVILLA, pp. 447 ss.).

c) No ofrecimiento de resistencia por parte de la autoridad

> Art. 482: «Las autoridades que no hayan resistido la rebelión, serán castigadas con la pena de inhabilitación absoluta de doce a veinte años» (cfr. art. 478).

d) Desempeño del cargo bajo mando de los rebeldes o abandono del mismo en caso de peligro de rebelión

> Art. 483: «Los funcionarios que continúen desempeñando sus cargos bajo el mando de los alzados o que, sin habérseles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonen cuando haya peligro de rebelión, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años».

e) Aceptación de cargos

> Art. 484: «Los que aceptaren empleo de los rebeldes, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años».

3. PROBLEMAS DE CONSUMACIÓN Y EFECTOS DEL DESISTIMIENTO

Aunque, como hemos dicho antes, el delito de rebelión es un delito de consumación anticipada que no requiere que los rebeldes lleguen efectivamente a conseguir sus fines, consumándose, por tanto, desde el momento en que se produce el alzamiento violenta y públicamente, es lógico que el legislador, por razones político-criminales evidentes, pretenda hasta el último momento sofocar la rebelión, evitando que llegue siquiera a darse el alzamiento o, por lo menos, en el caso de que éste se produzca, procurando que no se dé la confrontación armada entre los rebeldes y las tropas leales al régimen constitucional. Para ello puede conceder una sensible rebaja de la pena que ya merecen los rebeldes e, incluso, en algunos casos, la impunidad total, si éstos finalmente desisten de su propósito. A este respecto el art. 479 establece una especie de último intento, aun estando ya manifestada la rebelión, para que ésta no continúe, que puede tener efecto en la atenuación de la responsabilidad de los rebeldes según dispone el art. 480,2. Por otra parte, el art. 480,1 establece la impunidad para el implicado en el delito de rebelión que lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias. Este último caso se trata de un *supuesto especial de desistimiento*, que obviamente tiene que darse antes de que se llegue al

alzamiento, eximiendo de pena por los delitos que se dan antes de ese momento. Dicen así estos preceptos:

> Art. 479: «Luego que se manifieste la rebelión, la autoridad gubernativa intimará a los sublevados a que inmediatamente se disuelvan y retiren.
> Si los sublevados no depusieran su actitud inmediatamente después de la intimación, la autoridad hará uso de la fuerza de que disponga para disolverlos.
> No será necesaria la intimación desde el momento en que los rebeldes rompan el fuego».
>
> Art. 480: «1. Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias. 2. A los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena de prisión inferior en grado. La misma pena se impondrá si los rebeldes se disolvieran o sometieran a la autoridad legítima antes de la intimación o a consecuencia de ella».

La rebelión militar se regula en el Código penal militar (arts. 79 y ss.) en términos parecidos a los del Código penal común. Los preceptos del Código penal militar, sin embargo, sólo son aplicables «en tiempo de guerra» (véase art. 14 Código penal militar).

4. OTRAS DISPOSICIONES

a) Inhabilitación absoluta

> El art. 478 establece que «en el caso de hallarse constituido en autoridad el que cometa cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, la pena de inhabilitación que estuviese prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de quince a veinte años, salvo que tal circunstancia se halle específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate».

b) Concurso de delitos

> Art. 481: «Los delitos particulares cometidos en una rebelión o con motivo de ella serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código».

DELITOS CONTRA LA CORONA

En el Capítulo II del Título XXI se tipifican estos delitos que, de acuerdo con el sistema de Monarquía parlamentaria del régimen po-

lítico español, pretenden la protección de la institución que el Título II de la Constitución llama la Corona a través de la protección de las personas que la integran (el Rey, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, la Reina consorte o el consorte de la Reina, el Regente o algún miembro de la Regencia, o el Príncipe heredero). Aunque rodeada de los límites que impone a los Jefes de Estado, tanto en las monarquías como en las repúblicas, el Estado democrático de Derecho, los Códigos penales siguen ofreciendo una protección especial a las personas que encarnan esta institución, quizás por un excesivo apego al criterio tradicional de considerar el atentado al Jefe del Estado (al monarca absoluto) como un *crimen lesae maiestatis*, el más grave en cuanto el monarca encarnaba el poder y la soberanía nacionales. Bien jurídico protegido no es, sin embargo, el Jefe del Estado como persona física, sino como titular, representante o cima del poder estatal, que, como dice el art. 1,2 de la Constitución, «emana del pueblo español». En una concepción democrática del poder no cabe ya ser Rey (o Caudillo, o Presidente de la República) «por la gracia de Dios». Sólo la importancia del cargo para la vida política del país explica algunas prerrogativas funcionales que se conceden al Jefe del Estado, que constituyen la llamada «inviolabilidad» (véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 6ª ed., pp. 175 ss.; y art. 56,3 CE); y sólo este especial papel funcional explica la protección específica que se le dedica en relación con determinados bienes jurídicos. Estos delitos contra la Corona son, pues, ante todo delitos contra el Estado y no contra las personas que constituyen la Corona, aunque luego esa protección venga referida a bienes jurídicos concretos de la persona: vida, salud e integridad física, honor y libertad. Su similitud morfológica con los homónimos delitos contra las personas es grande, variando sólo en la penalidad y en algunas especialidades técnicas. Frente a estos delitos, los delitos contra la Corona son, sin embargo, leyes especiales. Dicha especialidad se refleja sobre todo en el tipo subjetivo, pues es necesario que el sujeto activo conozca la cualidad de Jefe del Estado o de miembro de la Corona del sujeto pasivo; de lo contrario serán aplicables los delitos comunes contra las personas.

TIPOS LEGALES

Siguiendo el esquema utilizado en la exposición de la sección primera de la Primera Parte, clasificamos los distintos tipos legales en:

a) Delitos contra la vida

Art. 485: «1. El que matare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años.
2. La tentativa del mismo delito se castigará con la pena inferior en un grado.
3. Si concurrieran en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años».

b) Delitos contra la salud e integridad física

Art. 486: «1. El que causare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, lesiones de las previstas en el artículo 149, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.
Si se tratara de alguna de las lesiones previstas en el artículo 150, se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años.
2. El que les causare cualquier otra lesión, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años».

c) Detenciones ilegales

Art. 487: «Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años el que privare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, de su libertad personal, salvo que los hechos estén castigados con mayor pena en otros preceptos de este Código».

d) Punición de los actos de participación intentada de los delitos anteriores

Art. 488: «La provocación, la conspiración y la proposición para los delitos previstos en los artículos anteriores se castigará con la pena inferior en uno o dos grados a las respectivamente previstas».

e) Otros delitos contra la libertad y la intimidad

En el art. 489 se castigan las coacciones a las personas que encarnan la Corona con penas de prisión de ocho a doce años (imponiéndose la pena inferior en grado cuando la violencia o la intimidación no

sean graves), y en el art. 490,1 y 2, el allanamiento de morada con violencia o intimidación y las amenazas, respectivamente.

f) Delitos contra el honor y contra la imagen

> Art. 490,3: «El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son». El art. 491,1 dice, por su parte, «las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses». Y el art. 491,2: «Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona».

El carácter carismático y casi mítico con que se rodeaba la figura del Jefe del Estado en la dictadura franquista, como en general en todos los regímenes autoritarios, se reflejaba sobre todo en la especial dureza de las penas con que se castigaban los atentados a su honor (véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 655). Todavía en la configuración de estos delitos en el Código penal de 1995 ha pesado esta tradición, si bien las penas no son ya tan graves como en el Código penal anterior, aunque se amplíe la protección a todos los miembros de la Corona y se castigue el uso indebido de la imagen de los mismos, lo que anteriormente no estaba tipificado como delito. De todos modos, al igual que en las injurias comunes, debe tenerse muy en cuenta también aquí la circunstancialidad de las injurias y la *adecuación social* de algunos hechos como caricaturas, chistes, sátiras, etc., a los que lógicamente están expuestos los que detentan el poder. Por otra parte, en una democracia nadie puede quedar exento de la crítica, ni por encima del bien o del mal, no habiendo razón para que la figura del Rey o la de cualquier otro miembro de la Corona deba recibir en esta materia un tratamiento privilegiado. Con razón señalan CARBONELL/ VIVES (en VIVES, Comentarios, p. 1967) que «la condición pública del agraviado, así como la máxima dignidad resultante de ella, implica, a su vez, un grado máximo de sometimiento a la crítica política, con la correspondiente "relajación de los juicios de valor" en orden a la dignidad del ofendido» (véanse, sin embargo, STS 19 octubre 1987, que luego ha sido anulada por otra de febrero de 1990 del TC; y MUÑOZ CONDE, 1989, p. 848, nota 6. La STS 28 septiembre 1993 absolvió, en cambio, de este delito a los que durante el discurso del Rey en la Casa de Guernica entonaron el «Eusko Gudariak», véanse comentario de MUÑOZ LORENTE, pp. 433 ss.; y TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO, Comentarios, p. 2040).

DELITOS CONTRA LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO

En este apartado se comprenden todos los delitos recogidos en la Sección primera del Capítulo III (Delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes). La Sección segunda se ocupa, bajo la rúbrica «de la usurpación de atribuciones», de los delitos contra la división de poderes, que trataremos en el siguiente epígrafe.

> La protección penal a los Órganos e Instituciones del Estado ha ido evolucionando paralelamente a la institucionalización del régimen político imperante en cada momento histórico. La Ley de Seguridad del Estado de 1941, acogida en sus líneas fundamentales en el Código penal de 1944, estaba destinada a reforzar el poder político del nuevo Estado surgido de la Guerra Civil. La Ley Orgánica de 10 de enero de 1967 motivó, con la reforma de 8 de abril de 1967, la introducción en el Código penal de los «delitos contra las Leyes Fundamentales» de dicho Estado. Y las previsiones sucesorias introducidas en 1969 obligaron, tras la reforma de 15 de noviembre de 1971, a la mención expresa del Sucesor entre los delitos contra el Jefe del Estado. La aprobación de una Constitución en 1978 a partir de la celebración de unas elecciones democráticas generales (15 junio 1977) y la configuración de un régimen parlamentario repercutió también, como es lógico, en la configuración de estos delitos, suprimiendo los preceptos dirigidos expresamente a la protección de Instituciones del régimen anterior y añadiendo otros destinados a la protección de Instituciones del régimen democrático (cfr. MUÑOZ CONDE, 3ª ed., pp. 512 ss.).

En el Código penal de 1995 la regulación de estos delitos se adapta a la configuración de estas Instituciones en la Constitución de 1978. Por un lado, se tipifican los delitos contra las Cortes Generales y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas; por otro lado, se tipifican los delitos contra otras Instituciones como el Consejo de Ministros o un Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, Gobierno de la Nación, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, o Consejo de Gobierno o Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

A) DELITOS CONTRA LAS INSTITUCIONES LEGISLATIVAS: CORTES GENERALES O ASAMBLEA LEGISLATIVA DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

Estos delitos se pueden clasificar según que el ataque se dirija contra la Institución como tal, o contra sus miembros.

a) Delitos contra la Institución legislativa

1º) Conductas que suponen coacción sobre la libre voluntad de las Instituciones

> Art. 492: «Los que, al vacar la Corona o quedar inhabilitado su Titular para el ejercicio de su autoridad, impidieren a las Cortes Generales reunirse para nombrar la Regencia o el tutor del Titular menor de edad, serán sancionados con la pena de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por la comisión de otras infracciones más graves».
>
> Art. 493: «Los que, sin alzarse públicamente, invadieren con fuerza, violencia o intimidación las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, si están reunidos, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años».

Se trata de una protección especial al edificio donde las Instituciones mencionadas en el precepto celebran sus sesiones. La expresión «si están reunidos» hace referencia a la celebración de sesiones. En todo caso, el sujeto debe tener conciencia de que efectivamente están reunidas, de lo contrario todo lo más podrá haber un allanamiento de morada. Si la invasión se hace a través de un alzamiento público y con alguna de las finalidades citadas en el art. 472, habrá delito de rebelión (cfr. *supra* en este mismo capítulo).

Aquellas conductas que tienden también a constreñir la voluntad de las Instituciones, pero son cometidas con motivo del ejercicio de derechos reconocidos en las leyes, representan más bien abusos de esos derechos.

Unas son ejercicios abusivos del *derecho de petición*. Este derecho está reconocido en la Constitución (art. 29). El Código castiga la petición ilegal unida al intento de penetrar en la sede de las Instituciones (art. 495,1: pena de prisión de tres a cinco años; art. 495,2: pena

anterior en su mitad superior para quienes promuevan, dirijan o presidan el grupo). El hecho sólo constituye este delito cuando los que lo realicen *portaren armas u otros instrumentos peligrosos*, y siempre que no medie un alzamiento público.

Otras son ejercicios abusivos de los derechos de reunión y manifestación, siempre que tengan por objeto coaccionar la libre voluntad de las Instituciones. De lo contrario no tendría sentido que se tipificasen aquí expresamente, pues la reunión o manifestación como tales son lícitas (art. 494, pena: prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses; cfr. también arts. 513 y 514, Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, e *infra* capítulo XXXV).

2º) Injurias graves

> Art. 496: «El que injuriare gravemente a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses.
> El imputado de las injurias descritas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas en el artículo 210».

3º) Perturbación del orden de las sesiones

> Art. 497: «1. Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año quienes, sin ser miembros del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, perturben gravemente el orden de sus sesiones.
> 2. Cuando la perturbación del orden de las sesiones a que se refiere el apartado anterior no sea grave, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses».

4º) Ataques a la inviolabilidad parlamentaria

> Art. 499: «La autoridad o funcionario público que quebrantare la inviolabilidad de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, será castigado con las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, sin perjuicio de las que pudieran corresponderle si el hecho constituyera otro delito más grave» (cfr. art. 66,3 CE: «las Cortes Generales son inviolables»).

5º) Desobediencia y falso testimonio

Art. 502: «1. Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.
2. En las mismas penas incurrirá la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaren o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación.
3. El que convocado ante una comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses» (cfr. arts. 410, 463, 458 y ss. Código penal, *e infra capítulo* XXXIX).

b) Delitos contra los miembros de las Instituciones legislativas

1º) Ataques a la inmunidad parlamentaria

Art. 500: «La autoridad o funcionario público que detuviere a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma fuera de los supuestos o sin los requisitos establecidos por la legislación vigente incurrirá, según los casos, en las penas previstas en este Código, impuestas en su mitad superior, y además en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años».

Art. 501: «La autoridad judicial que inculpare o procesare a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma sin los requisitos establecidos por la legislación vigente, será castigada con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de diez a veinte años».

2º) Ataques a la libertad

Art. 498: «Los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones, o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años».

B) DELITOS CONTRA OTROS ALTOS ORGANISMOS

Los arts. 503 y 504 hacen extensiva la protección penal a otros Órganos políticos fundamentales, pero con una técnica más simple y depurada que en los delitos contra las Instituciones legislativas. Se intenta proteger de este modo la libertad en las resoluciones de estas Instituciones y su dignidad.

a) Delitos contra el Consejo de Ministros o un Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma

Art. 503: «Incurrirán en la pena de prisión de dos a cuatro años:
1º. Los que invadan violentamente o con intimidación el local donde esté constituido el Consejo de Ministros o un Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma.
2º. Los que coarten o por cualquier medio pongan obstáculos a la libertad del Gobierno reunido en Consejo o de los miembros de un Gobierno de Comunidad Autónoma, reunido en Consejo, salvo que los hechos sean constitutivos de otro delito más grave».

b) Delitos contra otros altos Órganos

Art. 504: «1. Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.
El culpable de calumnias o injurias conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas, respectivamente, en los artículos 207 y 210 de este Código.
Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años a los que empleen fuerza, violencia o intimidación para impedir a los miembros de dichos Organismos asistir a sus respectivas reuniones».

c) Injurias y amenazas a las Fuerzas Armadas

Art. 504: «2. Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses.
El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 de este Código».

En realidad, la inclusión de este precepto en esta Sección carece de justificación, ya que las Fuerzas Armadas como tales no son en sí mismas un poder del Estado o una Institución fundamental del mismo; por otra parte difícilmente se puede amenazar y mucho menos «gravemente» al Ejército. Tampoco se pueden confundir con la injuria las expresiones antimilitaristas o las críticas a una determinada actuación de las Fuerzas de Seguridad (cfr. por ej. STS 16 octubre 1984). El precepto roza la anticonstitucionalidad. Se trata de una reminiscencia de los tiempos en que el Ejército se concebía como un verdadero poder e incluso como un poder autónomo, no sometido e incluso por encima del poder civil.

d) Desórdenes en las Corporaciones locales

Tras las LO 7/2000, de 22 de diciembre, y la LO 1/2003, de 10 de marzo, el Código penal castiga en el art. 505,1 con la pena de prisión de seis meses a un año a «quienes, sin ser miembros de la corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos impidiendo el acceso a los mismos, el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas». El nuevo precepto constituye una agravación del delito de desórdenes públicos previsto en el art. 558, del que se diferencia por la finalidad de apoyo a bandas armadas. Por su parte, desde el 2003 se castiga en el apartado 2º del art. 505 con la pena superior en grado a la que corresponda por el delito cometido a «quienes, amparándose en la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, calumnien, injurien, coaccionen o amenacen a los miembros de corporaciones locales».

Como consecuencia de la introducción de este precepto se refundieron en un solo artículo, el 504, los delitos que antes se encontraban tipificados en los arts. 504 y 505.

EXCURSO: SOBRE LA APLICACIÓN DE LA *EXCEPTIO VERITATIS*

En algunos de los preceptos contenidos en la Sección primera del Capítulo III (cfr., por ej., 496 y 504) se menciona la posibilidad de que el acusado demuestre la verdad de sus imputaciones, remitiéndose a lo

dispuesto para estos casos en la calumnia o la injuria en los arts. 207 y 210 (cfr. *supra* capítulo XI).

Ello demuestra que la razón de la incriminación autónoma de estos tipos delictivos no está, pues, en la creación de un nuevo delito, ni siquiera en la adición de algunas características nuevas a uno ya existente, sino simplemente en reforzar la protección de unos Órganos importantes en la estructura política del Estado, y que hubiera bastado para su tipificación con aplicar el régimen general de las injurias. Pero como lo que se pretende es aumentar la pena en función de la importancia del sujeto pasivo, se crean estos tipos que, juntamente con otros (cfr. *supra* Delitos contra la Corona), tienen como misión principal la protección de la «maiestas», de la cual la «dignitas» del representante del poder público era parte importante.

Sin embargo, esta concepción va siendo abandonada, precisamente en la medida en que se piensa en la necesaria desmitificación de la «autoritas» y de la «dignitas». Para la protección del honor de las autoridades o funcionarios públicos y de las Instituciones del Estado debería bastar con los tipos comunes de injurias o calumnias, si se quiere agravados, pero nada más. Hay algo sospechoso en querer proteger específicamente la dignidad de los representantes o de las Instituciones del poder político. Algo, en todo caso, poco democrático.

Todo esto quiere decir que la subsistencia de tales tipos de delitos en un régimen democrático debe mirarse con reservas e interpretarse restrictivamente a la luz de los principios democráticos más elementales, como el de libertad de expresión y de crítica (art. 20 CE).

De ahí que en el Código penal de 1995 se haya hecho reserva expresa de la posibilidad de aplicar también en estos delitos la institución de la *exceptio veritatis* prevista para los delitos contra el honor en los arts. 207 y 210.

Desde hace ya tiempo viene establecido por la doctrina (cfr. QUINTANO I, 2, p. 1311) e implícitamente por la jurisprudencia (SSTS 17 noviembre 1970, 28 febrero 1973, 14 enero 1976) que esta *exceptio* también es aplicable en la crítica a las autoridades políticas. Pero esto no quiere decir que la *exceptio veritatis* sólo quepa para aquellas imputaciones referidas a personas individuales concretas, sino también para las relacionadas con la actuación de las Instituciones en su conjunto, como ya propuse en anteriores ediciones (véase también MUÑOZ CONDE, 1982, 1989) y recogen ahora claramente los arts. 496 y 504. Y ello por las siguientes razones:

1º) En primer lugar, porque la *ratio legis* de la *exceptio* es la de asegurar la posibilidad de denuncia por parte de los ciudadanos de un incorrecto funcionamiento, incluso delictivo, del ejercicio de la función pública y este incorrecto funcionamiento lo mismo puede predicarse de las autoridades y funcionarios públicos individuales, como de los Organismos políticos y demás Entes de gestión de la función pública.

2º) En segundo lugar, porque la necesidad de la *exceptio veritatis* es mucho mayor, e incluso imprescindible, cuando va referida a la crítica de la actuación de un Órgano o Institución fundamental del Estado democrático, ya que pertenece a uno de los principios más elementales del Estado de Derecho la posibilidad de denunciar actuaciones incorrectas de la Administración, personificada en el Gobierno o en cualquier otro órgano de gestión pública.

En el ámbito político, en el que en definitiva están situados claramente estos delitos, el ejercicio de la *exceptio veritatis* no puede desvincularse de lo que es praxis habitual en el ejercicio de la oposición y crítica al Gobierno, al partido político que le sirve de base, etc. Estamos acostumbrados a que diariamente los políticos, dentro del Parlamento o fuera de él, imputen hechos a los adversarios que generalmente constituyen graves acusaciones que, de no estar amparadas por la preeminencia del derecho a la libertad de expresión, de crítica y de información y por la misma esencia del sistema democrático, podrían estimarse como gravemente delictivas. Acusaciones de malversación, prevaricación o cohecho, de complicidad o autoría en turbios asuntos financieros o de represión policial excesiva, etc., están a la orden del día y se pueden leer u oír en cualquier medio de comunicación diariamente. Muchas de estas acusaciones se convierten en interpelaciones, mociones de censura, campañas ante la opinión pública pidiendo la dimisión del Gobierno, el procesamiento de Ministros, etc.

La *veracidad* de estas afirmaciones no consiste tanto en la demostración de la realidad concreta y pormenorizada de cada hecho concreto de los que se acusa al Gobierno, sino en reflejar un estado de opinión, a veces muy extendido y basado en hechos reales, que imputa al Gobierno o sus instituciones un incorrecto ejercicio de la gestión política. En estos casos, más que de una *exceptio veritatis* debería hablarse de un auténtico ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o del cumplimiento de un deber (art. 20,7º Cp), especialmente ineludible para los que por su condición de parlamentarios, dirigentes

de partidos políticos, etc., asumen la tarea de denunciar hechos, defender los intereses de sus mandantes, etc.

Por eso la *exceptio veritatis* en estos casos más que de una simple excusa se trata de una auténtica causa de justificación que convierte en lícita la conducta de denuncia y crítica al Gobierno. Realmente, como antes advertimos, es muy difícil admitir en un sistema democrático que se pueda hablar de «injurias al Gobierno», cuando precisamente la crítica y la oposición al mismo es una de las características básicas de la democracia. Igualmente, es difícil probar en estos casos el «animus iniuriandi», básico en el delito de injurias tal como lo entiende el Tribunal Supremo. Porque en la crítica a instituciones políticas sólo puede darse un *animus narrandi, defendendi, consulandi, criticandi, corrigendi*, etc., difícilmente compatible con una finalidad específica de injuriar (cfr. STS 7 junio 1980).

No pueden olvidarse, por último, las prescripciones constitucionales sobre la inviolabilidad parlamentaria que garantiza la libertad por las opiniones emitidas por el parlamentario en el ejercicio de sus funciones (art. 71 CE). Esta inviolabilidad determina que, aun cuando el parlamentario cese en el ejercicio de su cargo, no podrá ser perseguido por opiniones emitidas durante el tiempo en que lo desempeñó.

De todo lo dicho hasta ahora se puede concluir que la *exceptio veritatis* en este caso constituye un elemento integrante fundamental de la crítica y oposición política al Gobierno, amparadas por el art. 20 de la Constitución en particular y por los principios del sistema democrático en general, por lo que igualmente, e incluso con mayor eficacia, puede apreciarse aplicando directamente la eximente 7ª del art. 20: ejercicio legítimo de un derecho.

En contra de la tesis mantenida en este excurso desde la 4ª ed. (pp. 541 ss.) y en MUÑOZ CONDE, 1982, se pronunció la STS de 31 de octubre de 1984 («caso Castells»); matizadamente LUZÓN PEÑA, p. 628, nota 17. Sin embargo, fue ya acogida por VIVES, criticando la STC de 10 de abril de 1985, confirmatoria de la STS antes citada; y por MUÑOZ MACHADO, p. 45. En febrero de 1990 el Juez de la Audiencia Nacional ni siquiera admitió a trámite sendas querellas del Fiscal General del Estado contra el Director del diario «El Mundo» y el dibujante Ramón por presuntos delitos del anterior art. 161,1º. Posteriormente, en sentencia de 23 de abril de 1992, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos anuló la STS de 31 de octubre de 1984, que condenó al senador Castells por un delito de injurias al Gobierno, y la STC de 10 de abril de 1985, que rechazó el recurso de amparo, admitiendo expresamente la *exceptio veritatis* (en este sentido, CARBONELL/ VIVES, en VIVES, Comentarios, p. 1984; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 1258).

DELITOS CONTRA LA DIVISIÓN DE PODERES

Corresponde a RODRÍGUEZ DEVESA (pp. 712 ss.) el mérito de haber llamado la atención como grupo autónomo sobre estos delitos que antes se encontraban dispersos en distintos lugares del Código, agrupándolos en este apartado. Ahora el Código penal de 1995 los incluye en la Sección segunda del Capítulo III, cuya rúbrica aparece bajo el nombre de la «usurpación de atribuciones», que no es más que la situación que se produce cuando se ataca la «división de poderes» a la que se alude en la rúbrica de todo el Capítulo III y que constituye la base del moderno Estado de Derecho.

a) Arrogación indebida de atribuciones legislativas

> Art. 506: «La autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años».

La facultad de dictar disposiciones de carácter general corresponde, en principio, a las Cortes Generales en el marco trazado en los arts. 81 y ss. de la Constitución, aunque dentro de ese marco éstas en algunos casos también pueden delegar en el Gobierno la realización de algunas leyes (arts. 82 y ss. CE) y éste a su vez, por razones de urgencia, dictar Decretos-Leyes sobre algunas materias que inmediatamente deben ser sometidos a debate y votación sobre la totalidad en el Congreso de los Diputados. Cualquier disposición de carácter general que no se dicte dentro de ese marco puede dar lugar, por tanto, a la comisión de este delito. Más frecuente, sin embargo, puede ser el supuesto de la suspensión de la ejecución de una disposición general, aunque normalmente este tipo de hechos más que una suspensión de la ejecución se dará en relación con un acto específico en el que se dicte una disposición de carácter contrario a aquélla cuya ejecución se suspende. Cabe el concurso con la prevaricación.

La Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, ha introducido un nuevo delito en el art. 506 bis, que no sería más que modalidad agravada del delito previsto en el art. 506, pero específicamente relacionada con la «convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución» (apartado 1). La pena prevista para esta conducta es la de prisión de tres a cinco años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta. La dureza de esta sanción punitiva solo se comprende, aunque no se admita, como una voluntad puramente intimidatoria, quizás también más simbólica que efectiva, contra la posibilidad, anunciada por el Presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de convocar un referéndum sobre determinadas medidas de carácter político autonómico, que también puede entenderse que contienen aspectos separatistas o independentistas para dicha Comunidad. Obviamente, cualquiera que sea la finalidad política de dicha convocatoria, la criminalización de la misma significa el resurgir del llamado «delito político», como penalización de la mera manifestación de ideas políticas más o menos discutibles, lo que sería incompatible con el derecho a la libertad expresión y, por tanto, inconstitucional (cfr. lo dicho respecto al delito político en la Introducción a esta Sección Segunda. Delitos contra el Estado, Excurso: El concepto de «delito político»). La vía de utilizar el delito de arrogación indebida de atribuciones legislativas no puede evitar esta calificación, sobre todo si se tiene en cuenta que concretamente el referéndum contenido en el llamado «Plan Ibarretxe» aún está pendiente de la decisión del Tribunal Constitucional sobre su legalidad, referéndum que es el que ha motivado la introducción de este precepto, por lo que, si se declara inconstitucional, carecería de efectos jurídicos y sería una especie de «delito imposible», y si se declara compatible con la distribución de competencias reconocida en la Constitución, sería un acto perfectamente lícito. Ello se ve aún más claramente cuando en el apartado 2 de este mismo artículo se castiga el favorecimiento de estas convocatorias realizadas «por quien carece manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, una vez acordada la ilegalidad del proceso», pues si la incompetencia no es manifiesta, sino discutible, y el proceso no ha sido declarado ilegal, es evidente que carece de todo sentido criminalizar algo que incluso puede ser el ejercicio legítimo de un derecho fundamental (respecto a conductas de mera intervención en el referéndum, véase infra Capítulo XXXV).

b) Injerencias en las funciones judiciales

> Art. 508: «1. La autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la

autoridad judicial competente, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.
2. La autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución, dirigiéndoles instrucción, orden o intimación relativas a causas o actuaciones que estén conociendo, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

La independencia del Poder Judicial es una de las bases del Estado de Derecho. De acuerdo con el art. 117,4 de la Constitución «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior (ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos) y las que expresamente le sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho». Este «derecho exclusivo» del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional es el bien jurídico protegido específicamente en el art. 508, que tiene una doble dimensión según se trate, por un lado, de arrogarse atribuciones judiciales o de impedir la ejecución de una resolución dictada por la autoridad judicial competente; o, por otro, de un ataque a la independencia judicial a través de un acto coactivo que afecte directamente a la libertad de la autoridad judicial («instrucción, orden o intimación»; cfr. Roig Torres, p. 726: «sólo serán sancionables los mandatos de carácter directo y categórico; las súplicas, los ruegos y las insinuaciones no darán lugar a la aplicación del tipo»).

c) Injerencias en atribuciones administrativas

Art. 507: «El Juez o Magistrado que se arrogare atribuciones administrativas de las que careciere, o impidiere su legítimo ejercicio por quien las ostentare, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, multa de tres a seis meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

La delimitación entre las esferas de lo administrativo y lo judicial en materia de ejecución no está muy clara en algunos casos, ya que, en principio, también corresponde a la autoridad judicial hacer ejecutar lo juzgado, pero para ello muchas veces tiene que requerir el auxilio de la autoridad administrativa. Más fácil es que se realice este tipo en su vertiente de impedir el ejercicio de las atribuciones administrativas (por ej., impedir que la Policía de Tráfico regule la circulación

en un determinado sentido después de un accidente), aunque para establecer la existencia del delito habrá que conocer primero y deslindar claramente las competencias de uno y otro orden, lo que puede dar lugar al siguiente delito.

d) Injerencias en caso de conflicto de competencias

Art. 509: «El Juez o Magistrado, la autoridad o el funcionario público que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo sin esperar a que se decida el correspondiente conflicto jurisdiccional, salvo en los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año».

Como se deduce de los artículos precedentes, los hechos a que los mismos se refieren pueden tener su origen o dar lugar a un conflicto de jurisdicción en el que una de las autoridades requiera a otra que se inhiba por entender que la competencia en un determinado asunto le corresponde. Dichos conflictos están regulados en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo (véanse también arts. 38 a 41 LOPJ). Este delito no es aplicable, sin embargo, en los casos de conflictos de competencia entre autoridades judiciales, en los que no se ventilan cuestiones entre diversos poderes del Estado, sino dentro del mismo poder, el judicial (en este sentido, Roig Torres, pp. 731 s., quien, citando la STC 113/1995, de 6 de julio, considera que la Jurisdicción castrense es también poder judicial y que, por tanto, respecto a ella el «conflicto jurisdiccional» a que alude este artículo sólo puede darse con la Administración).

CAPÍTULO XXXV

B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas: 1) Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución: Delitos de discriminación. Reuniones o manifestaciones ilícitas. Asociaciones ilícitas. Intervención en la convocatoria de referendums ilegales. 2) Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. 3) Referencia a los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria y delitos contra el deber de prestación del servicio militar

La rúbrica del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código penal, «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», sirve para englobar diferentes delitos que sólo tienen en común el que su realización se produce por utilización abusiva de algunos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la CE, como el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21) o el derecho de asociación (art. 22), o por limitar o conculcar otros derechos fundamentales como el de la libertad religiosa y las creencias religiosas (art. 16) y el derecho a no ser discriminado (art. 14). Algunos de estos derechos están directamente relacionados con la participación de los ciudadanos en la vida política del país, de ahí que algunos prefieran hablar de «libertades cívicas» o «libertades políticas»; pero la cuestión no tiene en sí mayor trascendencia, ya que estas libertades desde el momento en que son reconocidas y amparadas jurídicamente son también derechos. Mayor trascendencia tiene el insistir en que esas libertades o derechos son libertades o derechos «democráticos», pues su efectividad práctica es sólo imaginable en un sistema democrático en el que el pueblo participe en la vida política y controle el poder. La existencia en el Código penal de los delitos que vamos a estudiar seguidamente supone, por tanto, el reconocimiento de los derechos a los que afectan. Este reconocimiento es, sin embargo, muchas veces más formal que efectivo. Pocos son, desde luego,

los Estados que no reconocen los derechos democráticos y las libertades políticas fundamentales, incluso ya en el frontispicio de sus Constituciones o Leyes Fundamentales. Pero otra cosa sucede en la práctica, cuando se trata del reconocimiento y ejercicio de estos derechos. Es a veces la misma legislación penal ordinaria la que dificulta la efectividad material de estos derechos, criminalizando en tipos penales, generalmente vagos e imprecisos, manifestaciones y ejercicios legítimos de los mismos. El Derecho penal se utiliza entonces como un arma política más para reprimir la oposición y la discrepancia políticas. Precisamente ésta fue la característica principal del Derecho penal en esta materia durante la dictadura franquista. La situación actualmente vigente en España ha cambiado lógicamente en la medida en que se parte de un régimen político distinto que se califica como Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1,1 CE). Muchas de las reformas penales habidas durante la *transición democrática* (1976-1983) tenían precisamente la finalidad de adaptar la legislación penal a esta nueva situación (sobre esta evolución véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 674 ss.). Una vez consolidada la democracia, el Código penal de 1995, el llamado «Código penal de la democracia», criminaliza en esta materia obviamente los ataques a algunos de estos derechos fundamentales, como el derecho a no ser discriminado o a la libertad de conciencia, provenientes de terceros; o el ejercicio abusivo de los derechos de manifestación y asociación. Más importantes son en esta materia los delitos que pueden cometer los funcionarios contra las garantías constitucionales que se tipifican en el Capítulo V del Título XXI y que serán estudiados más adelante (véase *infra* capítulo siguiente).

Seguidamente expondremos el contenido del Capítulo IV siguiendo el orden del Código que lo divide en dos Secciones, dedicadas, respectivamente, a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la CE (Sección 1ª) y a los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (Sección 2ª).

1) DELITOS COMETIDOS CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN

En la Sección 1ª del Capítulo IV se tipifican los siguientes delitos:

DELITOS DE DISCRIMINACIÓN

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BUENO ARÚS, *La discriminación racial y el Código Penal*, AP 1994; RODRÍGUEZ RAMOS, *Discriminación punible*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985.

Sobre el Código penal de 1995: BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho penal*, Granada 1998; GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia 2003; LAURENZO COPELLO, *La discriminación en el Código penal de 1995*, EPC 1996; el mismo, *Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, en Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, CDJ 1996; el mismo, *La discriminación por razón de sexo en la legislación penal*, JD 1999; MACHADO RUIZ, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 Cp*, Valencia 2002; VARIOS, *Año europeo contra el racismo*, Eguzkilore núm. extraordinario 11, 1997; VARIOS, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Grupo de Estudios de Política criminal, 1998.

La no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social constituye uno de los derechos fundamentales de la persona por el hecho de serlo y está recogido en todas las declaraciones básicas de derechos fundamentales, tanto nacionales, como internacionales. Así lo reconocen expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 2) y la Constitución española de 1978 (art. 14). Complemento de este derecho es el principio de igualdad que impide cualquier tipo de discriminación, ya que ni la raza, ni el nacimiento, ni el sexo, ni las creencias, etc., pueden determinar diferente trato en las personas (cfr. STC 10 noviembre 1981). La condición humana aparece, pues, como un todo indivisible ante el Ordenamiento jurídico.

Precedente de la actual regulación fue el art. 165 del anterior Código penal introducido en la reforma de 1983, que pretendía reforzar la protección penal de este principio, siguiendo con ello antecedentes en el Derecho comparado y Convenciones internacionales sobre

«apartheid». En esta línea continuó la Ley Orgánica 4/1995, que ante las cada vez más extendidas prácticas aberrantes del «racismo» introdujo la tipificación expresa de la apología, tanto en relación con el delito de genocidio (véase *supra* capítulo XXXII), como con éste de discriminación, que no sólo se refiere a la discriminación racista, sino también a otros tipos de discriminación, como la religiosa, discriminación por razón del sexo, opinión política o, incluso, procedencia geográfica, etc., socialmente cada vez más extendidas. Con ello se refuerza, al mismo tiempo, penalmente el principio de igualdad, reconocido en el art. 14 de la CE.

Los delitos de discriminación se estructuran a través de tres artículos, comprendiendo cada uno de ellos diversas modalidades de conducta que se pueden clasificar del siguiente modo:

A) PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN E INJURIAS DISCRIMINATORIAS

> Art. 510: «1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
> 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía».

En estos delitos el legislador castiga conductas provocadoras y expresiones injuriosas discriminatorias, pero no la discriminación efectiva, que se castiga en los siguientes artículos. Se trata, por tanto, de expresiones que están en los límites de la participación intentada de una discriminación efectiva y que se castigan aunque no se produzca ésta. Pero el art. 510,1 no sólo se refiere a la discriminación, sino también a la provocación al odio o la violencia, lo que le da a este precepto un carácter excesivamente amplio, que queda poco precisado porque el apartado 1 exige una motivación que puede ser no sólo racista (la mención expresa del «antisemitismo» es, por tanto, innecesaria), sino ideológica, religiosa, familiar, étnica, por razón de nacionalidad, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. La referencia a los «grupos o asociaciones» no impide incluir aquí las mismas conductas referidas a los miembros individuales de los mismos (en este sentido García Álvarez, p. 259; en contra de esta opinión Portilla Contreras, en Curso II, p. 686). Al tratarse de una conducta de provocación y, con ello, de apología, habrá que exigir que, como dispone el art. 18,1, el hecho, por su naturaleza y circunstancias, constituya una incitación directa a cometer un delito (de discriminación, de lesiones, de daños, etc.).

> Laurenzo Copello, EPC 1996, pp. 253 s., aunque considera que no es directamente aplicable aquí el concepto de provocación que da el art. 18,1, reconoce que dicho concepto se puede utilizar para perfilar el alcance de la provocación a que se refiere el art. 510, destacando dos elementos comunes en ambos: la publicidad y que constituya una incitación directa, lo que en relación con la cuestionable expresión «provocación al odio» permite una restricción a los casos en que dicha provocación supone un verdadero peligro para bienes protegidos constitutivo de algún delito (véase también lo dicho respecto al art. 607, en el capítulo XXXII: Genocidio).

El apartado 2 es una ampliación del delito de injurias a los grupos o asociaciones citadas en el apartado 1, que conforme ya dijimos en su momento pueden ser también sujetos pasivos de los delitos contra el honor (cfr. *supra* capítulo XI; y SSTC 214/1991, 11 noviembre: «caso Violeta Friedman»; y 176/1995, de 11 diciembre), lo que demuestra la superfluidad de su tipificación expresa (véase Varios, 1998, pp. 33 s., donde se propone la supresión del art. 510 en sus dos modalidades. También se muestran críticos con la utilización del Derecho penal en esta materia, Portilla Contreras, en Curso II, p. 679, y García Álvarez, p. 260).

B) DISCRIMINACIÓN EN SERVICIOS PÚBLICOS

> Art. 511: «1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.
> 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza,

su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.
3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años».

En los distintos apartados de este artículo la conducta típica consiste en denegar una prestación a la que el discriminado tiene derecho. *Sujeto pasivo* es, por tanto, el que tiene derecho a la prestación del servicio público, que puede ser también, según se dispone en el apartado 2, «una asociación, fundación, sociedad o corporación» o uno de sus miembros. *Sujeto activo* puede ser también, según el apartado 3, el funcionario público, pero en este caso las penas del apartado 1 se impondrán en su mitad superior y la de inhabilitación especial será por tiempo de dos a cuatro años. No tiene sentido, sin embargo, que en el apartado 1 la posibilidad de la autoría se restrinja al «particular encargado de un servicio público», ya que hay muchos casos en los que el particular, sin estar encargado de un servicio público, puede estar obligado a realizar prestaciones importantes e incluso insustituibles, cuya denegación puede igualmente ser discriminatoria y sólo puede ser castigada si se dan los presupuestos del artículo siguiente. Por otra parte, cabe que el que deniegue la prestación sea un particular dependiente del «encargado del servicio público», lo que, salvo que actúe por encargo o inducido por éste, no entra tampoco dentro del tipo. La «motivación» racial o de cualquier otra naturaleza de las mencionadas en el precepto debe ser, lógicamente, probada, ya que dicho motivo es un elemento subjetivo específico del tipo.

En esta materia hay que tener en cuenta el «Convenio internacional para la prevención y represión del delito de Apartheid» de 1972, en vigor en España desde 1976. Algunas de las conductas incriminadas en este Convenio se encuentran tipificadas ya en el «Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial» de 21 de diciembre de 1965.

C) DISCRIMINACIÓN PROFESIONAL O EMPRESARIAL

Art. 512: «Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de

inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años».

Este precepto cubre las lagunas de punibilidad, aunque no todas, que pueden derivarse de las restricciones impuestas al sujeto activo en el artículo anterior. Pero aquí se trata también de denegar una prestación a la que el sujeto discriminado tiene derecho, lo que indudablemente restringe el ámbito de aplicación del precepto. Piénsese en un médico o un abogado que, al enterarse de que su cliente pertenece a una determinada etnia o creencia, rechaza hacerse cargo de sus asuntos, o en una empresa privada de transportes que rechazan pasajeros de una determinada raza. En la medida en que se trata de actividades privadas es difícil decir que alguien que aún no ha contratado el servicio en cuestión tiene derecho al mismo; sin embargo, cuando se trate de actividades profesionales o empresariales dirigidas al público en general, el derecho a la prestación que tiene cualquiera parece indiscutible.

Por lo que se refiere a la discriminación en el ámbito laboral será de preferente aplicación el art. 314, que, por cierto, exige mayores requisitos para su aplicación (cfr. *supra* capítulo XIV).

REUNIONES O MANIFESTACIONES ILÍCITAS

El art. 21 de la Constitución reconoce el derecho de reunión en los siguientes términos:

«1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.
2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

A partir de esta declaración, el Código penal castiga el abuso de este derecho cuando se den determinados requisitos que seguidamente vamos a ver.

Concepto de reunión o manifestación ilícita

Art. 513: «Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración:
1º. Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.

2º. Aquellas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso».

El Código equipara la «reunión» a la «manifestación». La Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión ha borrado expresamente esta distinción y en su lugar diferencia entre reunión en lugar cerrado y reunión en lugar abierto a vía pública, exigiendo mayores requisitos y cautelas para la autorización de la segunda (véase art. 8). Hubiese sido preferible que el Código penal hubiera aceptado también esta moderna terminología y sobre todo que hubiese dado un distinto tratamiento penal a una u otra, dada también su distinta trascendencia.

En todo caso, la reunión o manifestación se caracteriza por constituir un número de personas que se juntan con cualquier finalidad. Aunque el Código no dice cuál debe ser el número mínimo de personas que deben juntarse para hablar de reunión, debe estimarse aplicable el art. 1,2 de la LO 9/1983, que exige la reunión de más de veinte personas. Igualmente, aunque el Código penal no distingue, deben estimarse excluidas de este delito las *reuniones privadas*, descritas en el art. 2 de esta Ley Orgánica (las convocadas y celebradas en el domicilio de las personas físicas y jurídicas, sociedades mercantiles, corporaciones, etc., o en el despacho o estudio de profesionales), cualquiera que sea el número de asistentes. En la manifestación habrá que entender que también un número relevante de personas debe concurrir para poder calificarse como tal y por analogía con el concepto de reunión que da la LO 9/1983 habrá que exigir un mínimo de veinte personas congregadas en un lugar público.

De los dos supuestos considerados delictivos en el actual artículo 513 el único específico de la reunión ilícita es el previsto en el número 2º (concurrencia de personas con armas, explosivos u objetos contundentes o peligrosos), que puede entrar en concurso con un delito de tenencia ilícita de armas.

En el supuesto 1º del art. 513 la reunión o manifestación es delictiva porque tiene como objeto ejercer una actividad delictiva, pero obviamente no se exige que dicho delito se lleve a cabo o siquiera comience a realizarse; cabe por tanto el concurso entre la reunión ilegal y el delito en cuestión si éste llega a ejecutarse. Es, por tanto, necesaria la presencia de este elemento subjetivo específico, que no se requiere en el segundo supuesto, en el que basta sólo la conciencia de que concurren personas con los objetos allí citados. Lógicamente la falta de estos elementos subjetivos significa la ausencia de tipicidad del comportamiento de las personas que no tengan esas referencias subjetivas. Pero también por las mismas razones es posible que falte la conciencia de la antijuricidad en estos casos: la legalidad de la reunión o manifestación es un elemento del tipo de injusto, por lo que el error sobre este extremo deberá tratarse como un error de tipo, conforme al párrafo 1 del art. 14, lo que determinará la atipicidad del hecho, al no estar especialmente prevista la forma de comisión imprudente, aunque sí puedan aplicarse las sanciones administrativas correspondientes (cfr. art. 23,c de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana).

Tipos legales

a) Respecto a los promotores y directores

Art. 514: «1. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación comprendida en el número 1º del artículo anterior y los que, en relación con el número 2º del mismo, no hayan tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurrirán en las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. A estos efectos, se reputarán directores o promotores de la reunión o manifestación los que las convoquen o presidan».

b) Respecto a los asistentes

El apartado 2 del art. 514 dispone:

«2. Los asistentes a una reunión o manifestación que porten armas u otros medios igualmente peligrosos serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses. Los Jueces o Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada».

c) Realización de actos de violencia

«3. Las personas que, con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación, realicen actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, serán castigadas con la pena que a su delito corresponda, en su mitad superior».

d) Obstaculización del derecho de reunión

La Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, introdujo un párrafo 4 al art. 514, cuya pena ha sido modificada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que dice:

> «4. Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años si los hechos se realizaran con violencia, y con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo».

e) Convocatoria de reunión prohibida

La Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, introdujo el párrafo 5º en el art. 514:

> «5. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida, y siempre que con ello pretendieran subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, conforme a los apartados precedentes».

ASOCIACIONES ILÍCITAS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El derecho de asociación política en la legislación penal española*, DP 1977; el mismo, *Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, 1 junio*, Revista de Política Comparada 1981; CARBONELL MATEU, *Observaciones en torno al proyecto de Ley sobre reforma del Código penal en relación a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión, reunión y asociación*, CPC 1978; el mismo, *De los delitos cometidos por los particulares cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983*, RFDUC monográfico 6, 1983; COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, *Constitucionalización de los límites penales al derecho de asociación*, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; CÓRDOBA RODA, *Libertad de asociación y ley penal*, ADP 1977; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona 1977; el mismo, *Asociaciones ilícitas y terroristas*, en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; el mismo, *Asociaciones ilícitas. Discriminación racial*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; GÓMEZ BENÍTEZ, *Crítica de la política penal del orden público*, CPC 1982; GONZÁLEZ RUS, *La reforma del Código penal de 19 julio 1976 en materia de asociaciones*, ADP 1977; LORENZO SALGADO, *Algunos aspectos de la reforma del Código penal en materia de asociaciones ilícitas*, en Estudios Penales I, Santiago de Compostela 1977; MAQUEDA ABREU, *Sectas y Derecho penal. Una aproximación jurisprudencial a su análisis*, CJ 1996; RODRÍGUEZ RAMOS, *Anotaciones sobre las asociaciones ilícitas tras la reciente reforma penal*, Madrid 1975; SEGRELLES DE ARENAZA, *Notas sobre el art. 172 del Código penal*, CPC 1994; SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona 1989.

Sobre el Código penal de 1995: GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia 2003; GONZÁLEZ RUS, *Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1997 –caso Filesa)*, AP 2000; GUZMÁN DALBORA, *Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas*, RDPC 1998; MUÑOZ CONDE, *Autoría y participación en la criminalidad organizada*, en Ferré Olivé/ Anarte Borrallo (edit.), Delincuencia organizada, Huelva 1999; el mismo, *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*, RP 2002; QUINTERO OLIVARES, *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, en Ferré Olivé/ Anarte Borrallo (edit.), Delincuencia organizada, Huelva 1999; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; SILVA SÁNCHEZ, *¿"Pertenencia" o "intervención"? Del delito de "pertenencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de organización" en el delito*, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004.

El derecho de asociación se reconoce en la Constitución, cuyo art. 22 dice:

> «1. Se reconoce el derecho de asociación.
> 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
> 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
> 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
> 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

El Código penal castiga el abuso de este derecho en los arts. 515 a 521 en los siguientes términos:

Concepto de asociación ilícita

> Art. 515: «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:
> 1º. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.
> 2º. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
> 3º. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
> 4º. Las organizaciones de carácter paramilitar.
> 5º. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello».

Antes del análisis de cada uno de los fines señalados en el precepto, conviene establecer qué se entiende por asociación. Debe recurrirse, por tanto, al significado gramatical o lingüístico de dicho término y entender por tal toda unión de varias personas organizadas para la consecución de determinados fines. Tampoco ofrece el Código apoyo para establecer el número mínimo de personas que deben constituir la asociación. En principio bastaría con dos, pero creo que del sentido originario de la expresión puede deducirse que son necesarias por lo menos tres personas para poder hablar de asociación. Es indiferente la forma en que esas personas lleguen a ponerse de acuerdo y que unas lleven la iniciativa y otras se adhieran simplemente a ella. Pero, en todo caso, es preciso una cierta *organización* (que será más o menos compleja en función del tipo de actividad a que se dedique la asociación) y que el acuerdo asociativo sea *duradero* y no puramente transitorio. En esto radica la diferencia entre la asociación y cualquier otra forma de acto preparatorio o fase previa a la consumación de un delito, o forma de participación intentada en el mismo. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos (cfr. García-Pablos, 1977, pp. 222 ss.; Sánchez García De Paz, pp. 645 ss.; Silva Sánchez, p. 1095; Muñoz Conde, 2002).

En principio, la ilicitud de la asociación se deriva de los fines delictivos o de los medios violentos empleados para la consecución de un fin lícito. En este sentido los números 1º y 2º (y en parte el 3º, véase *infra*) del art. 515 recogen la idea, ya expresada en la edición tercera de este manual (pp. 543 ss.) y recogida luego en el art. 22,2 de la Constitución, de que sólo los fines delictivos y los medios violentos (y, por tanto, también delictivos) convierten una asociación en ilícita. Sin embargo, el número 4º ha añadido «las organizaciones de carácter paramilitar»; pero si este concepto no se interpreta en conexión con los otros números se puede llegar a la consecuencia de castigar mediante este delito a los miembros de simples asociaciones en las que se empleen uniformes, modos y formas similares a los militares. Evidentemente en la declaración contenida en el número 5 del art. 22 CE hay una presunción de que las asociaciones clandestinas y paramilitares son asociaciones con fines delictivos, generalmente de carácter político anticonstitucional. Pero ello no creo que sea suficiente para estimar tales asociaciones como ilícitas en el ámbito penal. De acuerdo con una interpretación teleológica hay que exigir además que los fines o los medios empleados para su consecución sean delictivos. El mandato constitucional de «prohibición» de dichas asociaciones se puede cumplir con normas administrativas, sin necesidad de recurrir a las penales. Estas sólo en los casos citados en los números 1º y 2º deben de tener aplicación.

El número 3º recoge un doble supuesto: por un lado, la utilización de medios violentos convierte la actuación de la asociación en delictiva; pero, por otro lado, se menciona la alteración o control de la personalidad (de sus miembros) para conseguir fines lícitos, aunque es más discutible hasta qué punto este supuesto debe convertir automáticamente la asociación en ilícita. Existe una gran indeterminación en el concepto de «sectas», que son las asociaciones que a través de técnicas de persuasión coercitivas provocan una desestructuración de la personalidad de sus miembros en base a criterios esotéricos, de carácter irracional o metafísico, bastante alejados de los dominantes en la sociedad. Pero el único criterio para decretar la ilicitud de estas asociaciones debe ser que en su actuación cometan algún delito contra la salud (por ej., de lesiones psíquicas, cfr. capítulo IV), la libertad (coacciones, amenazas, detenciones ilegales) o libertad sexual (agresión sexual, abuso sexual, relativo a la prostitución) de sus miembros, no el carácter más o menos inmoral de sus ideas o prácticas, o el que pertenezcan a una religión más o menos extendida o que sus prácticas estén asu-

midas o no por la tradición. En este sentido tan delictiva debe ser la asociación que en nombre del amor cósmico promueva la prostitución de menores, como la que en el nombre del Dios cristiano o de cualquiera otro de los dioses de las religiones monoteístas promueva prácticas atentatorias contra la libertad o la salud de las personas, como el encierro en una celda, la autoflagelación, la castración, la ablación del clítoris, etc. (cfr. STC 260/1994, de 3 octubre; PORTILLA CONTRERAS, en Curso II, p. 718; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO, Comentarios, p. 2094; MAQUEDA ABREU, pp. 30 ss.).

El número 5º, añadido en la reforma de 1983, recoge la idea ya expresada en los arts. 510 a 512 de penalizar las actividades discriminatorias contrarias al principio de igualdad, pero ha sido objeto de las mismas críticas (véase *supra*); la interpretación de que las finalidades a que se refiere son de carácter delictivo permite, sin embargo, una interpretación homogénea con los números 1º y 2º.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, introdujo un 6º supuesto, referido a las asociaciones que promovieran el tráfico ilegal de personas, que ha sido suprimido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (cfr. sin embargo el art. 318 bis), por lo que resulta absurdo que este número 6º siga mencionándose en los arts. 517 y 518.

De acuerdo con el número 1, la ilicitud puede sobrevenir después de la constitución válida de la asociación, si ésta promueve posteriormente la consecución de fines delictivos. Esto también quiere decir que lo decisivo realmente para declarar ilícita una asociación son los *fines reales* y no los que formalmente se declaren como tal. En la práctica, puesto que ninguna asociación va a declarar formalmente perseguir fines delictivos, habrá que esperar a conocer sus actividades.

QUINTERO OLIVARES (1999, pp. 177 ss.), al hilo de la STS de 28 de octubre de 1997 («caso Filesa»), propone la supresión del supuesto genérico del número 1º del art. 515, de asociación para cometer algún delito, por su excesiva amplitud y porque los supuestos dignos de sanción penal están ya expresamente tipificados en los otros números del art. 515 o en otros artículos del Código penal. Ciertamente, esta punición referida genéricamente a cualquier delito es excesiva, tanto más si mantiene su autonomía punitiva aunque el delito se llegue a cometer. Pero esta autonomía del delito de asociación ilícita puede ser muy importante para castigar la pertenencia a organizaciones criminales, cuando no se puede imputar a los miembros de la organización los hechos delictivos concretos realizados por algún otro miembro. Por ej., la pertenencia a una organización terrorista no siempre permite imputar al miembro de la misma el atentado cometido por otro miembro, pero sí puede y debe castigarse como tal pertenencia; aunque obviamente la autonomía de la punibilidad de la pertenencia a la asociación ilícita debería desaparecer cuando el delito para el que se constituyó la asociación, o cuya comisión la convierte en ilícita, sea cometido por dicho miembro (MUÑOZ CONDE, 1999, p. 152). En todo caso, parece conveniente la restricción político-criminal preconizada por QUINTERO a los supuestos de asociación para la comisión de delitos graves, lo que de algún modo es tenido ya en cuenta por el Código en el distinto tratamiento que le da a las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas (véase *infra*, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pp. 678 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, p. 1096). No es ésta, sin embargo, la línea seguida por el legislador, que no sólo no ha restringido la intervención penal a los supuestos de asociación para cometer delitos graves, sino que lo ha ampliado, mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, a las asociaciones que tengan por objeto «cometer o promover la comisión de *faltas* de forma organizada, coordinada y reiterada».

Tipos legales y penalidad

El Código da un tratamiento penal distinto y más grave a las asociaciones del número 2º del art. 515 («las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas»), y asimila los demás supuestos a efectos de pena.

A) BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS

Art. 516. «En los casos previstos en el número 2º del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas:
1º. A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.
2º. A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años».

Aunque no ha habido nunca ninguna duda ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, respecto al carácter de asociación ilícita de las bandas armadas y las organizaciones o grupos terroristas, el art. 515,2º las menciona expresamente como uno de los supuestos de la misma y el art. 516 les da un tratamiento penal más severo que a las otras. Se establece una penalidad distinta teniendo en cuenta la función que el sujeto desarrolla dentro de las organizaciones a las que venimos haciendo referencia; de este modo, se distingue entre los promotores y directores, por una parte, y los meros integrantes, por otra; en este segundo grupo se engloban tanto los miembros «activos» como los

socios «pasivos», al contrario de lo que sucede en el resto de las asociaciones ilícitas enunciadas en el artículo 515, donde sólo se castiga a los miembros «activos» y no a los meros afiliados.

Para poder apreciar la existencia del delito de pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista en tanto que asociación ilícita se hace preciso, en primer lugar la existencia de una *organización* que tenga las características de permanencia y estabilidad del grupo con cierta jerarquía y disciplina, su carácter armado y, como se dice en la STC de 16 de diciembre de 1987, con «capacidad para producir terror en la sociedad». En segundo lugar, la integración del sujeto en los citados grupos o bandas «como sinónimo de tener relación o conexión con los mismos de modo estable» (STS 19 noviembre 1985), siendo necesario que la conducta se lleve a cabo de forma dolosa y con conocimiento de la ilicitud de la asociación. Con respecto a las bandas armadas se duda de si su finalidad debe ser también la de alterar el orden constitucional. Ciertamente, el concepto de «banda armada» es más amplio que el de organización o grupo terrorista, pero en la edición 6ª de este Manual (p. 752) proponía una interpretación integradora de estos tres conceptos («banda armada, organización o grupo terrorista»), entendiendo que el tratamiento más severo que se les da sólo tenía sentido en la medida en que se tratara de una banda armada como soporte de un grupo u organización terrorista, es decir, con la finalidad política de ésta. Pero la redacción de estos preceptos en el Código penal de 1995 y el propio art. 55,2 CE del que derivan obliga a dotar de autonomía el concepto de banda armada, lo que le da un tratamiento excepcional a la criminalidad violenta, cuando se integra en bandas armadas, que no sólo tiene repercusión en el Derecho penal material, sino también en el Derecho procesal penal.

B) ASOCIACIONES ILÍCITAS NO TERRORISTAS

> Art. 517: «En los casos previstos en los números 1º y 3º al 6º del artículo 515 se impondrán las siguientes penas:
> 1º. A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.
> 2º. A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses».

C) COOPERACIÓN A UNA ASOCIACIÓN ILÍCITA

> Art. 518: «Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1º y 3º al 6º del artículo 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

Aunque este artículo trata la cooperación a una asociación ilícita como tipo autónomo, ésta sigue siendo una forma de participación que sólo es punible en la medida en que no existan ya otras formas de participación punibles.

Por cooperación debe entenderse tanto la ayuda económica como cualquier otro favorecimiento material relevante (prestar el local para que se celebren reuniones, ocultar a uno de sus miembros, etc.; respecto a la cooperación con banda armada, véase *infra* capítulo XXXVIII).

En tema de reincidencia hay que tener en cuenta que la asociación es un delito permanente y que según la STS de 12 de diciembre de 1973 se apreciará cuando, después de recaída sentencia firme ejecutoria por el delito de asociación, sigue subsistiendo el comportamiento delictivo: el sujeto sigue afiliado o cotizando a la asociación.

La cooperación económica o de cualquier otra clase impuesta coactivamente («impuesto revolucionario», «préstamo de coche», etc.) no creo que sea siquiera típica, por faltar el elemento subjetivo de favorecer a la asociación ilícita, pero, en todo caso, son de aplicación aquí los principios del estado de necesidad.

D) FORMAS DE PARTICIPACIÓN INTENTADA

> Art. 519: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

E) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Además de las penas específicamente previstas para las distintas modalidades delictivas de asociaciones ilícitas, los arts. 520 y 521 disponen, respectivamente, otras consecuencias jurídicas para la propia asociación y para el sujeto activo cuando éste fuere autoridad, agente de ésta o funcionario público:

– Art. 520: «Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código».

– Art. 521: «En el delito de asociación ilícita, si el reo fuera autoridad, agente de ésta o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación absoluta de diez a quince años».

INTERVENCIÓN EN LA CONVOCATORIA DE REFERENDUMS ILEGALES

Como complemento a la penalización prevista en el art. 506 bis de la convocatoria ilegal de referendums y consultas populares por quienes no tienen atribuciones para ello, introducida en el Código penal por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, se introduce también un art. 521 bis que castiga con pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses a los que, con ocasión de la convocatoria de los referendums y procesos electorales mencionados en el art. 506 bis, «participen como interventores o faciliten, promuevan o aseguren su realización una vez acordada la ilegalidad del proceso». Las críticas que ya hemos hecho al art. 506 bis son aquí aún más aplicables, porque se pretende criminalizar conductas de mera intervención en una convocatoria que, aun habiendo sido declarada ilegal, sólo debería como máximo ser considerado como delito para los que hagan esa convocatoria (y aún así por las razones ya dichas ello sería discutible), pero nunca para los que participen en el proceso electoral con intervenciones meramente burocráticas u organizativas.

2) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y EL RESPETO A LOS DIFUNTOS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* LANDROVE DÍAZ, *La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal*, ADP 1972; MORILLAS CUEVA, *Delitos contra la libertad religiosa*, Granada 1977; el mismo, *Delito contra la libertad de conciencia y de culto en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, DJ 1983; QUINTANO RIPOLLÉS, *Blasfemia*, NEJ III, 1951; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho penal*, Madrid 1975; el mismo, *Aconfesionalidad del Estado y Derecho penal*, en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; SERRANO GÓMEZ, *Delitos contra la libertad de conciencia*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en Derecho Penal*, Barcelona 1989; TERUEL CARRALERO, *El delito de blasfemia*, ADP 1951; el mismo, *Los delitos contra la religión entre los delitos contra el Estado*, ADP 1960; TERRADILLOS BASOCO, *Protección penal de la libertad de conciencia*, RFDUC 1983; VILA MAYO, *Los delitos contra la religión en el Derecho penal español*, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983.

Sobre el Código penal de 1995: RAMÍREZ NAVALÓN, *La protección penal del derecho a la libertad religiosa*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; ROSELL GRANADOS, *Religión y jurisprudencia penal*, Madrid 1996; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito de escarnio de creencias*, La Ley 1996.

Existen determinados sentimientos trascendentes a la realidad física de las personas que por regla general pertenecen al ámbito ético individual y en los que no intervienen las normas jurídicas. Pero esos sentimientos pueden entrar en la esfera del Derecho si se proyectan en el mundo exterior, bien chocando con las exigencias de las normas jurídicas, o bien necesitando para su manifestación de la protección de éstas.

Cuando estos sentimientos se refieren al ámbito de lo religioso y afectan de algún modo a la libertad ideológica o religiosa, los ataques a los mismos se tipifican en la Sección 2ª del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código penal. En esta Sección 2ª se regulan delitos que afectan a diversas manifestaciones humanas relacionadas con sentimientos trascendentes de carácter religioso o piadoso que van más allá de la libertad religiosa reconocida en la Constitución como derecho fundamental, pero se pueden agrupar en una sola Sección, como hace el Código penal de 1995, en la medida en que la esencia de estos delitos consiste en una ofensa global a sentimientos que generalmente tienen un contenido relacionado con la libertad religiosa y de culto consagrada en el art. 16,1 CE, aun cuando también puedan afectar a otros bienes jurídicos más específicos que veremos en su momento.

La regulación actual de estos delitos en nuestro Código no se puede comprender sin un análisis histórico de las relaciones Iglesia-Estado en esta materia.

En el ámbito religioso caben fundamentalmente tres posturas por parte del Estado:

1ª) La de confusión o coincidencia entre los valores religiosos y los estatales, haciendo de los delitos contra la religión oficial reconocida, delitos contra el Estado o incluso reconociendo la primacía de aquéllos sobre éstos: Estado teocrático primitivo y Estado confesional moderno.

2ª) Absoluta separación de los valores religiosos y estatales o ignorancia por parte del Estado de la existencia de los valores religiosos sin protegerlos jurídicamente: Estado ateo.

3ª) Reconocimiento de los valores religiosos por parte del Estado, pero sin preferencia alguna por parte estatal de determinadas confesiones religiosas y protegiendo por igual la pluralidad de confesiones que en el ámbito de la religión se dan en una sociedad.

La postura de la legislación española fue, hasta épocas muy recientes y salvo intervalos muy cortos de tiempo, siempre encuadrable en el primer grupo. Desde la aparición del Estado español en la época moderna son frecuentes las declaraciones en pro de la confesionalidad, reconociendo única y exclusivamente la religión católica romana como religión verdadera, tolerando, en el mejor de los casos, cuando no ignorando o persiguiendo, las demás confesiones religiosas (así la Ley de Principios Fundamentales de 1957 decía: «La nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia católica, apostólica y romana, única verdadera...»).

La consecuencia de esto era que sólo se dispensara protección penal estatal a la religión católica, como religión oficial del Estado.

La situación empezó a cambiar a partir de la Ley de Libertad Religiosa de 1967, en la que el Estado español, aunque sigue declarándose confesional, «reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho» (art. 1º).

La reforma de 15 de noviembre de 1971 supuso, más que la creación de nuevas figuras delictivas, la modificación de alguna de las existentes para incluir en su ámbito de protección a las demás confesiones religiosas. Según se explica en la Exposición de Motivos de dicha reforma, el derecho a la libertad religiosa se protege penalmente en una triple vertiente: a) Como derecho mismo a la libertad religiosa, sancionando todo ataque violento o el empleo de medios engañosos para captar adeptos. b) Protegiendo especialmente la religión católica como religión oficial del Estado. c) Protegiendo también las manifestaciones, actos y ministros de las demás confesiones religiosas reconocidas legalmente. A esta triple dimensión respondía la configuración de los tipos penales hasta la reforma de 1983.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, en la que «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto» (art. 16,1) y se declara que «ninguna confesión tendrá carácter estatal» (art. 16,3), debía estimarse derogado cualquier precepto legal que concediera una protección especial a la religión católica (cfr. también Ley de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980. Sobre la situación legal anterior a la Constitución cfr. Muñoz Conde, 3ª ed., pp. 380 ss.). La nueva configuración de estos delitos acentúa el aspecto aconfesional del Estado democrático y pone el acento en la protección de la libertad religiosa y de los sentimientos religiosos sin adscripción o preferencia por ninguna religión en particular.

La ubicación de estos delitos en el Código penal entre los «delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas» no debe confundir respecto al contenido material de los mismos. Ciertamente algunos de ellos afectan directamente a la libertad religiosa (más que a la de conciencia), como son los previstos en los arts. 522 y 523; pero otros sólo son comprensibles desde el punto de vista de la protección, más o menos discutible, que se brinda a los sentimientos o creencias religiosas (véanse, por ej., arts. 524 y 525). Este «sentimiento religioso» se convierte así en el verdadero factor aglutinante de estos delitos, por más que sea un concepto difuso y difícil de precisar. Pero la misma imprecisión y vaguedad del concepto choca con la libertad ideológica, religiosa y de culto a la que se refiere el art. 16,1 CE. Por eso hay que interpretar restrictivamente estos preceptos y reducir su aplicación a aquellos casos en los que la ofensa al sentimiento religioso se concreta además en la ofensa a algún otro bien jurídico más específico (véase *infra*).

TIPOS LEGALES

1º) Proselitismo ilegal

> Art. 522: «Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:
> 1º. Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.
> 2º. Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen».

Se trata de claros delitos contra la libertad de las personas que por su referencia al ámbito religioso se tipifican autónomamente. La protección penal se dispensa más al ejercicio de la libertad de la persona en el ámbito religioso que a la religión en sí. La relación con las coacciones y amenazas es de especialidad.

El tipo se configura en una triple dimensión: 1º Impedir practicar o asistir a los actos de culto. 2º Forzar a practicar o a concurrir a tales actos. 3º Forzar a revelar la profesión o no profesión de una creencia religiosa, o a mudar la que se profese.

Con estos actos se agota la fenomenología de los ataques que pueden realizarse contra la libertad de conciencia reconocida en el art. 16,1 y 2 CE. Pero tales hechos son punibles en la medida en que se utilicen medios violentos, intimidatorios o análogos («cualquier otro apremio

ilegítimo»), siendo irrelevantes penalmente si se realizan sin tales medios.

2º) Perturbación de actos religiosos

Art. 523: «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

3º) Profanación y escarnio

– Art. 524: «El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

– Art. 525: «1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.
2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

En estos preceptos se ve claramente que no sólo es un problema de libertad religiosa o ideológica lo que se protege en estos delitos, sino un sentimiento religioso (o en el art. 525,2, no profesar ninguno). Profanar es tratar las cosas sagradas sin el debido respeto. La profanación se puede llevar a cabo por actos de destrucción de símbolos sagrados, etc. El escarnio es una especie de injuria mediante burla o ridiculización de los sentimientos o creencias.

4º) Violación de sepulturas y profanación de cadáveres

Dice el art. 526: «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

El respeto a los difuntos es en casi todas las culturas un sentimiento muy ligado a los sentimientos religiosos; de él forma parte también el respeto debido a los lugares de enterramiento. El art. 526 castiga la falta de respecto a la memoria de los muertos tipificando como delito determinados actos que constituyen esa falta de respeto. Por sepulcro o sepulturas se entiende el lugar donde se inhuman o entierran los cadáveres humanos.

La acción consiste en «violar» las sepulturas. Pero ha de realizarse «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos». Es decir, deben lesionarse los sentimientos de respeto que inspiran en la comunidad los lugares en que se entierran a los muertos. El delito puede cometerse también a través de daños de las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, siempre que se haga con «ánimo de ultraje»; cabe el concurso con el robo.

En relación con la profanación de cadáver o sus cenizas, la acción consiste en «profanar» y al igual que en el delito anterior debe faltarse al respeto debido a la memoria de los muertos. Por cadáver se entiende el cuerpo muerto de una persona. En el caso de que se realicen operaciones anatómicas sobre el cadáver la conducta puede estar justificada, si se hace con fines didácticos o investigadores (véanse Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos y Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, que la desarrolla; así como la Ley 29/1980, de 21 de junio, de Autopsias Clínicas y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, y demás normativa complementaria).

3) REFERENCIA A LOS DELITOS CONTRA EL DEBER DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA Y DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR

Los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria y los delitos contra el deber de prestación del servicio militar han sido suprimidos por la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, que deja sin contenido los arts. 527 y 604 Cp, como consecuencia lógica de la desaparición del servicio militar obligatorio y la creación de un ejército profesional. Sobre la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 12ª/13ª ed., pp. 798 ss., y la bibliografía allí citada.

CAPÍTULO XXXVI

C) Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales: Delitos contra el libre ejercicio de derechos cívicos. Obstaculización del derecho a la asistencia de abogado. Delitos contra las libertades de expresión, reunión y asociación. Expropiación ilegal. Delitos cometidos contra la libertad individual. Delitos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad. Excurso I: Ultrajes a España. Excurso II: Delitos electorales

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, 1 junio,* Revista de Política Comparada 1981; BUENO ARÚS, *El derecho de comunicación de los detenidos y presos*, Revista Derecho Procesal 1963; BUSTOS RAMÍREZ, *El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público,* CPC 1983; el mismo, *El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*, en Control social y sistema penal, Barcelona 1987; el mismo, *Práctica ilegal de detención por funcionario público,* La Ley 1988; CASTRO GARCÍA, *El delito de expropiación ilegal y la formación del tipo,* RGLJ 1964; GIMENO SENDRA/VIVES ANTÓN, *La detención,* Barcelona 1977; GÓMEZ BENÍTEZ, *Crítica de la política penal del orden público*, CPC 1982; JIMÉNEZ ASENJO, *Detención gubernativa,* NEJ VII, 1959; el mismo, *Detención judicial,* NEJ VII, 1959; OCTAVIO DE TOLEDO, *Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 191 del Código penal),* ADP 1987; PELLISE, *Delitos contra la inviolabilidad del domicilio,* NEJ VI, 1954; PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid 1990; PUIG PEÑA, *Detenciones ilegales,* NEJ VII, 1959; el mismo, *Delitos cometidos por los funcionarios contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes,* NEJ VII, 1959; el mismo, *Delitos contra la libertad de residencia,* NEJ VII, 1959; QUINTANAR DÍEZ, *Sobre el delito de detenciones ilegales (Estudio de algunas singularidades del artículo 188 del Código penal español),* CPC 1995; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho penal,* Madrid 1975; ROLDÁN BARBERO, *Sobre el alcance del término «derechos cívicos» a los efectos del art. 194 del Código penal*, La Ley 1991; SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, *El art. 204 bis a) del Código penal,* en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; SAINZ-PARDO

CASANOVA, *Detenciones ilegales (análisis del artículo 186 del Código penal)*, CPC 1977; SERRANO GÓMEZ, *La detención: garantías del detenido en la Constitución española de 1978*, ADP 1978; SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona 1989; TERUEL CARRALERO, *Delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia*, NEJ VII, 1959; VARIOS, *Seguridad ciudadana*, Madrid 1993; VARIOS, *Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992. Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre*, Comentarios a la legislación penal XV, dos vol., Madrid 1994; VARIOS, *La ley de seguridad ciudadana*, Anuari 1992, presentación Mercedes García Arán, Barcelona 1994; VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, Valencia 1995; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona 1993.

Sobre el Código penal de 1995: ALONSO PÉREZ, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid 1997; el mismo, *Apertura de paquetes postales en la investigación de delitos de tráfico ilegal de drogas;* La Ley 1997; el mismo, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el secreto de las comunicaciones mediando «causa por delito»*, La Ley 1998; BOIX REIG/ ORTS BERENGUER, *El delito de imposición de sanciones o privaciones indebidas y uso de un rigor innecesario*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; CLIMENT DURÁN, *Delitos contra la libertad: detenciones ilegales*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; el mismo, *Detenciones ilegales policiales*, Valencia 1998; el mismo, *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Valencia 1999; el mismo, *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Valencia 1999; DÍEZ-PICAZO, J., *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona 1996; GARCÍA VEGA, *El alcalde como sujeto activo del delito de limitación de los derechos cívicos*, AP 2001; HERRERO HERRERO, *El delito de detención ilegal practicado por autoridad o funcionario público en nuestra legislación penal codificada*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; PORTERO GARCÍA, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías individuales*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; RODRÍGUEZ BARILLAS, *Terrorismo de Estado y Estado de derecho*, en Conflicto social y sistema penal, Madrid 1996; ROLDÁN BARBERO, *El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos*, La Ley 1996; SÁNCHEZ DOMINGO, *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código penal*, Granada 1998; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Delitos contra la constitución: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*, Eguzkilore 2000; TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de impedir una reunión o manifestación y de celebrar una reunión que haya sido suspendida o prohibida del artículo 514,4 y 5 del Código penal*, AP 2000.

Cfr. también bibliografía citada en el capítulo anterior. Sobre «ultrajes a España» y delitos electorales, cfr. *infra* los epígrafes correspondientes.

C) DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El Capítulo V del Título XXI trata «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales». La esencia de estos delitos consiste en la lesión de estos derechos de la persona por parte de las autoridades y funcionarios cuando actúan en representación del poder estatal y se exceden en las facultades que se les han conferido en relación con estos derechos. Se trata, en definitiva, de garantizar el ejercicio de los derechos de la persona frente al ejercicio arbitrario y abusivo del poder estatal. Por eso, la gama de derechos que se protegen en esta Sección es mucho más amplia que la de los tratados en el capítulo anterior, pues es principio capital de todo Estado de Derecho, según decía QUINTANO (Curso II, p. 536), que «el ciudadano puede hacer todo lo que no le está prohibido, mientras que la autoridad únicamente puede hacer lo que la ley le ordena».

La mayor extensión de la tipicidad en este grupo de delitos no se traduce, sin embargo, en una más grave responsabilidad para el funcionario que los comete. Las penas asignadas a los funcionarios en este Capítulo son benignas en comparación con las que se pueden imponer a los particulares por delitos similares. Ello se debe a que en los delitos cometidos por los funcionarios se tipifica más, que la lesión de los derechos de los particulares, el abuso de las funciones conferidas al funcionario respecto a esos derechos o un mal entendimiento de esta función. Por ello, es esencial en estos delitos que el funcionario actúe en calidad de tal y en el ejercicio de las funciones públicas a él conferidas y, en algunos casos, incluso en el curso de la investigación de un delito (cfr. *infra*). De no ser así, el delito que se cometería sería uno común contra la libertad, intimidad, etc. Así, por ejemplo, el funcionario que por razones privadas, de enemistad personal, mete en la cárcel a un vecino, comete un delito de detenciones ilegales del art. 167 y no uno de los tipificados en la Sección 1ª del Capítulo V. Y lo mismo se puede decir respecto a la relación entre el allanamiento de morada y el descubrimiento y revelación de secretos y los delitos similares previstos en la Sección 2ª del Capítulo V. La relación entre estos delitos es, pues, de alternatividad (art. 8,4º) y no cabe el concurso entre ellos, pues a pesar de su semejanza, realmente nada tienen que ver entre sí. En la Sección 3ª de este Capítulo se tipifican delitos que sólo puede cometer la autoridad o el funcionario público

que se extralimita en sus funciones, careciendo de correlativo con los que pueden cometer los particulares, de ahí que no planteen problema concursal alguno.

Los delitos que vamos a tratar ahora son *delitos especiales* en el sentido de que autor en sentido estricto sólo puede serlo el que tenga las cualidades personales exigidas en el tipo: la de *autoridad o funcionario público* en general o la de una clase especial de autoridad o funcionario (juez o magistrado, funcionario de prisiones, etc.). El concepto de funcionario y autoridad lo da el art. 24 (sobre el concepto de funcionario y otros problemas dogmáticos relacionados con él, véase *infra* capítulo XLI). Pero, como se ha dicho, una particularidad de algunos de los delitos tratados en este Capítulo es que se trata de delitos especiales que la autoridad o funcionario público deben cometer no sólo en calidad de tales, sino además en el curso de una investigación de un delito, particularidad ésta que los distingue de las modalidades agravadas de algunos delitos comunes (detenciones ilegales, art. 167; allanamiento de morada, art. 204), basadas en que el sujeto activo es ciertamente autoridad o funcionario público, pero no actúa en los casos previstos por la ley ni mediando causa por delito. Estas particularidades de algunos de los delitos que se tipifican en este Capítulo permiten que a veces el funcionario actúe incorrectamente debido a una defectuosa interpretación de las normas que regulan su actuación, a una equivocada apreciación de sus presupuestos fácticos, etc.; sin negar esta posibilidad, hay también que comprobar si muchas veces no se trata de una interpretación torcida o desviada de esas normas y, por tanto, de un abuso o desviación de poder que puede dar lugar a la comisión de delitos incluso más graves que los que aquí se tratan. En este tipo de delitos, dado que están en juego derechos y libertades fundamentales de rango constitucional, debe partirse siempre de la estricta regulación fundamentalmente de carácter procesal, que reglamenta las causas y requisitos formales que autorizan la intervención del funcionario en estos derechos. Se trata, pues, en cierto modo de normas penales en blanco, en el sentido de que la tipicidad e, indirectamente, la antijuricidad de los hechos depende de la observancia de los preceptos de carácter extrapenal que regulan este tipo de actuaciones. El error del funcionario sobre los límites de su actuación o sobre los presupuestos fácticos de la misma, tanto si es vencible como si es invencible, debe ser tratado, por tanto, como error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, en el sentido del art. 14,1, es decir, como error de tipo, lo que determina la atipicidad del comportamiento, al no estar prevista específicamente la punibilidad de su realización imprudente, pero no excluye la posibilidad de que pueda responder en autoría mediata el superior u otro funcionario que haya provocado dolosamente el error, ni, en todo caso, la responsabilidad disciplinaria tanto de éste, como del propio funcionario o autoridad que realiza objetivamente el hecho, ni, en su caso, la responsabilidad civil, por lo menos subsidiaria, de la Administración. Por supuesto, las pruebas obtenidas ilegalmente, tanto si el funcionario es responsable penalmente, como si sólo comete un ilícito disciplinario o administrativo, son pruebas nulas que no pueden valorarse como tales en el proceso penal.

En orden a la clasificación sistemática de los diversos tipos delictivos recogidos en las diversas Secciones del Capítulo V, comenzaremos por el delito tipificado en el art. 542, que es en cierto modo el tipo subsidiario de todos los demás, continuando con los demás delitos que se tipifican en la Sección 3ª y que afectan a derechos individuales específicos, tratando posteriormente de los que afectan a la libertad individual (Sección 1ª) y a la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad (Sección 2ª).

Finalmente nos ocuparemos, siguiendo el orden legal, del delito de *ultrajes a España*, a modo de excurso, pues nada tienen que ver con los otros delitos tratados en este capítulo, y también en otro excurso de los *delitos electorales* que, aunque regulados extramuros del Código penal en la legislación especial, participan de una naturaleza similar a la de otros delitos tratados en éste y en el anterior capítulo e inciden en una de las partes más importantes de la vida política democrática: el régimen electoral.

DELITOS CONTRA EL LIBRE EJERCICIO DE DERECHOS CÍVICOS

Castiga el art. 542 con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años, a la autoridad o al funcionario público «que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes».

Se trata de un tipo residual que sólo es aplicable cuando la obstaculización del ejercicio de algún derecho específico no esté especialmente prevista. Por derechos cívicos hay que entender aquellos derechos de carácter constitucional que permiten al ciudadano participar en la vida pública, son garantías y libertades fundamentales. Derechos de este tipo son fundamentalmente los políticos de expresión, reunión

y asociación, pero también otros reconocidos en leyes que desarrollan los derechos constitucionales (en este sentido ROLDÁN BARBERO, 1996, p. 2). Entre estos derechos se contaban tradicionalmente el de la asistencia de abogado al detenido, el de fijar la residencia en un lugar, el de ocupar cargos públicos según los méritos, etc. (así ROLDÁN BARBERO, 1991, en relación con el Código penal anterior). En el Código penal de 1995, al tipificarse expresamente la obstaculización de algunos de estos derechos (véase *infra*), el art. 542 ve, por una parte, reducido su ámbito, pero, por otra parte, se amplía, porque la obstaculización de algunos de estos derechos que antes constituía un delito específico ahora tiene que incluirse en él, como, por ejemplo, el derecho al pluralismo político y sindical o la libertad de enseñanza, u otros derechos reconocidos en la Constitución, como el derecho a ejercitar la acción popular, a acceder a los archivos y registros administrativos, el derecho de petición, el derecho a participar en asuntos públicos, a hablar una de las lenguas oficiales del Estado español, a la objeción de conciencia, a adquirir la nacionalidad española, a elegir libremente la residencia, a contraer matrimonio, a la herencia, a la libre elección de trabajo, a la libertad de empresa, a la libertad de expresión o a la producción literaria, artística, etc., siempre que sean susceptibles de ejercitación ante los poderes públicos y éstos tengan una obligación virtual de no impedirlos (véase ROLDÁN BARBERO, 1996, p. 3).

La acción consiste en impedir el ejercicio de estos derechos, siendo indiferente el medio empleado para ello. Pero si a su vez uno de estos medios es constitutivo de delito (lesiones, daños, detenciones ilegales, etc.), cabrá el concurso con este delito. Si la conducta del funcionario es constitutiva, además, de prevaricación habrá, sin embargo, un concurso de leyes a resolver aplicando la pena del delito más grave, ya que la obstaculización del ejercicio del derecho es siempre una resolución injusta (en este sentido ROLDÁN BARBERO, 1996, p. 4; y SSTS 20 febrero 1992 y 27 febrero 1995; a favor de la tesis del concurso ideal de delitos, STS 8 febrero 1993).

El delito es doloso, es decir, el sujeto activo, autoridad o funcionario público, debe tener conciencia de que se está ejercitando un derecho y querer impedirlo; pero en el caso en que se crea erróneamente, con error vencible, legitimado para ello, podrá atenuarse la culpabilidad conforme a lo dispuesto en el art. 14,3, salvo que el error incida ya directamente en la configuración típica (véanse SSTS 4 marzo 1974 y 23 marzo 1983).

El delito se consuma con el impedimento efectivo del ejercicio de los derechos. Cabe la tentativa.

OBSTACULIZACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA DE ABOGADO

> Art. 537: «La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años».

Derivado directamente del derecho a la asistencia de abogado y a ser informado de forma inmediata de las razones de su detención que concede el art. 17,3 de la Constitución a toda persona detenida, este delito igualmente quedaría cubierto por el previsto en el art. 542, pero su tipificación expresa se debe, por una parte, a la especificidad e importancia de este derecho y, por otra, a la mayor severidad con que es castigado. De todas formas, como indica PORTILLA CONTRERAS (en Curso II, p. 812), el delito igualmente podría castigarse por el art. 530, que tiene incluso una pena de inhabilitación más grave que la del art. 537, aunque no prevé la pena de multa. Pero el principio de especialidad obliga a aplicar el art. 537 en el supuesto específico de impedir el derecho constitucional a la asistencia de letrado, tal como se regula en los arts. 520 y ss. LECrim. El otro derecho protegido por el art. 537 es el de la información inmediata al detenido o preso de sus derechos. Por lo demás, técnicamente el delito plantea los mismos problemas que el previsto en el art. 542.

DELITOS CONTRA LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN, REUNIÓN Y ASOCIACIÓN

En este grupo incluimos los delitos de la Sección tercera que en cierto modo constituyen la faz negativa de los ya estudiados en el capítulo anterior respecto a los derechos de reunión y asociación, y la limitación a la libertad de expresión que implica la imposición de censura previa y el secuestro ilegal de publicaciones.



A) CONTRA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

> El art. 538 castiga con la pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años a «la autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva».

La censura previa o la recogida de ediciones, libros, el secuestro de publicaciones, etc., es una de las posibilidades que prevé el art. 21,1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Fuera de este caso, ello sólo es posible en virtud de resolución judicial, según dispone el art. 20,5 de la Constitución. Aparte de estos casos, el hecho constituye el delito previsto en este artículo, que obviamente refuerza de esta forma la protección de la libertad de expresión (cfr. art. 55,1 CE, y Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, art. 21, y el comentario de BERDUGO, pp. 116 ss.).

B) DELITOS RELATIVOS A LAS LIBERTADES DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN

> a) El art. 539 castiga con las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años y multa de seis a doce meses a «la autoridad o funcionario público que disuelva o suspenda en sus actividades a una asociación legalmente constituida, sin previa resolución judicial, o sin causa legítima le impida la celebración de sus sesiones».

Se tipifica aquí una obstaculización del ejercicio del derecho de asociación reconocido en el art. 22 de la Constitución, cuyo apartado 4 dice que las asociaciones «sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada». En cierto modo, el hecho es también una atribución indebida de funciones judiciales del art. 508,1, pero la especificidad de la conculcación de tal derecho fundamental obliga a su tipificación expresa en este lugar. El inciso último es más bien un supuesto de obstaculización del derecho de reunión que vamos a ver seguidamente.

> b) Art. 540: «La autoridad o funcionario público que prohiba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a ocho años y multa de seis a nueve meses».

Igual que en el artículo anterior, el art. 540 castiga la obstaculización, fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes, por parte de la autoridad o funcionario público de otro derecho fundamental como es el derecho de reunión pacífica y sin armas reconocido en el art. 21 de la Constitución. Como ya hemos visto en el capítulo anterior, también se castiga cuando es el particular el que obstaculiza ese derecho (cfr. 514,4).

EXPROPIACIÓN ILEGAL

> El art. 541 castiga con las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a «la autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales».

Este precepto, otro de los que se contienen en la Sección tercera, es la consecuencia directa de lo que dispone el art. 33,3 de la Constitución: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Precepto que con más o menos variantes se encuentra en casi todas las Declaraciones de derechos y Constituciones habidas en nuestro país. En realidad, lo que se quiere proteger es la propiedad privada frente al intervencionismo estatal, pero más que una protección incondicionada de la propiedad, implican tales declaraciones una garantía sobre las formas en que puede llevarse a cabo la intervención administrativa sobre la propiedad privada.

La configuración de norma penal en blanco que tiene este delito obliga a remitirnos a la normativa administrativa de la expropiación forzosa. A este respecto la ley básica que regula la expropiación es la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. En esta Ley se indican los requisitos necesarios para que la expropiación pueda realizarse (ver también su reglamento de 26 de abril de 1957). Estos requisitos sustanciales son: declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito del justiprecio. La falta de alguno de estos requisitos determinará la ilegalidad de la expropiación. No es, sin embargo, el art. 541 una penalización de cualquier irregularidad administrativa que pueda darse en una expropiación llevada a cabo por la Administración. El principio de intervención mínima del Derecho penal obliga a interpretar el referido tipo

delictivo en un sentido restrictivo que realmente refleje un ataque verdaderamente grave al derecho de propiedad consagrado en el art. 33 CE (opinión dominante, tanto en la doctrina a partir del artículo de CASTRO GARCÍA, como en la jurisprudencia, véanse SSTS 3 diciembre 1951, 3 febrero 1954, 30 octubre 1984 y 10 diciembre 1991). Un ataque de esta clase sería, por ejemplo, proceder a la expropiación sin haber sido ésta declarada de «utilidad pública o de interés social», requisito al que la doctrina administrativista denomina «causa expropiandi» y que se menciona como base para la expropiación tanto en la Ley de 1954, como en el art. 33,3 CE. Aunque la regla general es una Ley *ad hoc* que declare la utilidad pública o la necesidad social de la respectiva expropiación, basta también con la declaración genérica que igualmente prevé el art. 10 de la Ley de Expropiación Forzosa, sobre todo en lo que se refiere a los «planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio», y que, por cierto, es la forma de más frecuente utilización, por más que pueda criticarse esta «banalización» del hecho de la expropiación.

Lo mismo cabe decir respecto al otro requisito fundamental de la expropiación, cuyo incumplimiento puede dar igualmente lugar al delito de expropiación ilegal: «la falta de pago del justo precio». Aunque algún sector doctrinal entendió que se cometía este delito cuando la expropiación se llevaba a cabo sin el pago «previo» del justo precio (así, por ej., RODRÍGUEZ DEVESA, p. 812), lo cierto y verdad es que este requisito ha sido relativizado por el art. 33,3 de la Constitución, que sustituye la expresión «previa» por la de «mediante», y por una práctica administrativa en la que el depósito previo de una cantidad generalmente ridícula en relación con el valor de los bienes expropiados, la declaración de urgencia y la entrega del llamado valor concurrente a los interesados se entiende cumple tal requisito, por más que luego, como suele suceder, sea el campo de batalla entre el expropiado y la Administración la determinación exacta de ese justo precio.

Más dudas ofrecen algunas irregularidades de carácter puramente formal, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la «vía de hecho» prevista en el art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, pero difícilmente a un delito de expropiación ilegal. Tampoco constituye este delito la infracción sola de las formas procedimentales, que, sin embargo, sí puede dar lugar, además de al correspondiente recurso contencioso-administrativo (art. 126 Ley de Expropiación Forzosa), en su caso, a la realización de una específica forma de prevaricación administrativa, cuestión ésta de la que nos ocuparemos más adelante (véase *infra* capítulo XLI).

La STC 111/1983, de 2 de octubre, consideró constitucional la expropiación por Decreto-Ley, entendiendo que una tal ordenanza de necesidad puede utilizarse para expropiar en casos que por su excepcionalidad lo justifiquen. La Ley 7/1983, de 29 de junio, de conversión del anterior Real Decreto, ha sido también declarada conforme a la Constitución por STC 166/1986, de 19 de diciembre («caso Rumasa»; cfr. CARBONELL/ VIVES, en VIVES, Comentarios, p. 2060).

DELITOS COMETIDOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

La libertad ambulatoria, entendida como posibilidad de trasladarse de un lugar a otro o de situarse voluntariamente en el espacio, tiene en el Código penal una doble perspectiva. Por un lado, como libertad frente al particular o persona que se encuentra en un plano de igualdad respecto al titular de esa libertad, constituyendo su privación el delito de detenciones ilegales tipificado en los arts. 163 a 167 (véase *supra* capítulo VI). Por otro lado, como derecho del ciudadano frente a los representantes del poder estatal a no ser privado de su libertad más que en los casos y en las formas previstas en las leyes. A esta segunda perspectiva se refiere el art. 17 de la Constitución:

> «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
> 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
> 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.
> 4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional».

La lesión de esta segunda perspectiva de la libertad ambulatoria es lo que constituye la esencia de los delitos previstos en los arts. 529 y

ss. contenidos en la Sección primera del Capítulo V («De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual»).

Los diversos tipos delictivos se clasifican en:

A) ENTREGA INDEBIDA DE CAUSA CRIMINAL O PERSONA DEL DETENIDO

> Art. 529: «1. El Juez o Magistrado que entregare una causa criminal a otra autoridad o funcionario, militar o administrativo, que ilegalmente se la reclame, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.
> 2. Si además entregara la persona de un detenido, se le impondrá la pena superior en grado».

Aunque este delito constituye más bien un ataque a la separación de poderes, la importancia de la tutela judicial efectiva como bien jurídico en sí mismo, sobre todo en materia criminal, derivado del derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la Constitución, y su incidencia sobre todo en la libertad de las personas cuando en la causa exista un detenido, obliga a sancionar en este Capítulo y en relación con las garantías constitucionales, la dejación por parte del Juez o Magistrado de sus funciones (cfr. también art. 117 CE). La entrega de la causa criminal o de la persona de un detenido a alguien que no sea «otra autoridad o funcionario, militar o administrativo», determinará una calificación típica distinta, pero no la comisión de este delito. Por supuesto que lo que se castiga es la entrega «ilegal», que cuando es acompañada de la entrega de la persona del detenido se transforma en el tipo cualificado del apartado 2.

B) DETENCIONES ILEGALES COMETIDAS POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

Los arts. 530 y 531 tipifican dos modalidades delictivas distintas.

> a) Art. 530: «La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años».

El núcleo del tipo lo constituye la expresión «acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad... con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales». Está claro, pues, que desde el primer momento se está diciendo que la detención para ser delictiva debe ser *ilegal*. En algunos casos muy taxativos el funcionario público y también el particular están facultados, incluso obligados, a privar de libertad a una persona, pero esta detención sólo puede llevarse a cabo en los casos y en la forma que prescriban las leyes. El art. 530 es desde este punto de vista una *norma penal en blanco* que nos remite a otras leyes no penales para determinar el ámbito y extensión de su supuesto de hecho. Fundamentalmente estas normas son las contenidas en los arts. 489 a 504 de la LECrim., el art. 5,3 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el art. 16 de la Ley Orgánica reguladora de los Estado de Alarma, Excepción y Sitio y el art. 20,2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (sobre otros supuestos tales como retención, redadas, etc., véanse PORTILLA CONTRERAS, 1990, pp. 252 ss.; en Curso II, p. 775; y en VARIOS, 1993, pp. 102 ss.; CLIMENT DURÁN, 1999, pp. 21 ss.).

> El art. 492 de la LECrim. impone a la autoridad la obligación de detener: 1º) a cualquiera que se hallara en alguno de los casos del art. 490 (momento de cometer un delito in fraganti, al fugado de la cárcel o establecimiento penal donde estuviere cumpliendo condena o pendiente de causa, y al declarado en rebeldía); 2º) al que estuviere procesado por delito que tuviere asignada pena superior a la de prisión menor (de seis años en adelante) o inferior a ella, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá cuando sea llamado por la autoridad judicial (a no ser que prestare fianza bastante); 3º) al que todavía no está procesado, si la autoridad tiene motivos racionales para creer que se ha cometido un hecho delictivo y que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él (ver también art. 495).

La *ilegalidad* de la detención se debe deducir, pues, de esta normativa fundamental. Desde luego, estas disposiciones son lo suficientemente amplias como para dar la máxima discrecionalidad a la autoridad o funcionario público, pero la detención no podrá ser nunca arbitraria ni inmotivada, como destacan acertadamente las SSTS de 19 de junio y 27 de noviembre de 1974 (véase también STS 23 junio 1975, aunque en este caso se absolvió a la autoridad por estimar que la detención estaba justificada por haber realizado el particular un acto contrario al orden público: había depositado en las inmediaciones de la fuente pública un depósito de estiércol. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, 1988).

Respecto a las detenciones administrativas de carácter temporal, las llamadas «retenciones», conforme al art. 20,2 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, para identificar a un sujeto que ha cometido una infracción administrativa (por ej. de tráfico automovilístico) en las dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible, después de la STC de 18 de noviembre de 1993, en cuyo Fundamento 6 se declara la conformidad a la Constitución de las mismas, no pueden estimarse «ilegales». Lo mismo cabe decir del «cacheo», aunque ello requiera la inmovilización del ciudadano durante un cierto tiempo (STS 23 diciembre 1994). Desde luego, estas prácticas deben tener un mínimo de fundamento, basado sobre todo en la «sospecha» racionalmente fundada de comisión de algún delito, pues de lo contrario pueden dar a lugar a abusos y a limitaciones intolerables del derecho a la libertad de los ciudadanos, que podrían ser punibles conforme al art. 530. En el fondo, se trata del margen de apreciación que debe concederse al funcionario a la hora de privar de libertad a un ciudadano y en este caso el margen de apreciación debe estar siempre racionalmente dentro de los casos permitidos por las leyes, de lo contrario su actuación será antijurídica (en este sentido, PORTILLA CONTRERAS, en Curso II, p. 788).

b) Art. 531: «La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

Con ser tan importante que la detención se lleve a cabo en los casos y formas previstas en las leyes, mucho más importante es el control y los requisitos con que debe decretarse dicha detención. El art. 17,2 de la Constitución establece que en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. La LECrim. establece en su art. 496 que el detenido deberá ser puesto en libertad o entregado al Juez más próximo «dentro de las *veinticuatro horas* siguientes al acto de la misma». Este precepto, por lo que se refiere al plazo de las veinticuatro horas, debe estimarse derogado por el art. 17,2 de la Constitución. El art. 509 de la LECrim. establece las condiciones de la incomunicación que, en principio, no debe durar más de cinco días, salvo lo que dispone el art. 508.

La expresión «mediando causa por delito», empleada también en el art. 530, obliga a dejar fuera del ámbito de estos preceptos las detenciones llevadas a cabo por otros motivos. Por delito habrá que entender la acción típica subsumible en una ley penal.

La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, regula el procedimiento de «Habeas Corpus» para obtener la inmediata puesta a disposición del Juez del detenido ilegalmente, aunque no define qué se entiende por «detención ilegal».

c) El art. 532 prevé expresamente la punición de los delitos previstos en los dos artículos anteriores cuando fueren cometidos por imprudencia grave (pena: suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años), lo que puede ser entendido como una confirmación de que el error sobre las formalidades y procedimientos para poder llevar a cabo una detención debe ser tratado conforme a lo dispuesto en el art. 14,1.

La cuestión del plazo

Como ya se ha dicho, el art. 17,2 de la Constitución impone que, «en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial». Este plazo debe entenderse como máximo y, por tanto, puede cometerse el delito si se da libertad al detenido dentro de ese plazo, pero habiéndolo mantenido privado de libertad más tiempo del que era estrictamente necesario para efectuar las diligencias preliminares que prevé la LECrim. (en este sentido, PORTILLA CONTRERAS, en Curso II, p. 775; cfr. también STC 224/1998, de 24 de noviembre).

A pesar de lo tajante de esta declaración, se admite expresamente en el art. 55,1 y 2 de la Constitución la suspensión de este derecho en los casos allí previstos, que son los de declaración de estado de excepción o de sitio y en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Lo dispuesto en este precepto ha sido desarrollado posteriormente en sendas Leyes Orgánicas.

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, dispone en su art. 16, para caso de estado de excepción, que: «1. La autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. *La detención no podrá exceder de diez días* y los detenidos disfrutarán de los derechos que les reconoce el art. 17,3 de la Constitución. 2. La detención habrá de ser comunicada al Juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer

personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste».

Una disposición parecida contenía el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, posteriormente derogada, para los supuestos de bandas armadas o elementos terroristas.

Ambas disposiciones levantaron críticas por la amplitud del plazo, *diez días*, agravado por la posibilidad de incomunicación que establecía el art. 15 de la Ley Orgánica 9/1984. La posible intervención judicial no excluye la posibilidad de abusos y la violación de derechos fundamentales del detenido (cfr. *supra* capítulo VII: tortura). Es muy significativo que en una época de dificultad de comunicaciones se estableciera el plazo máximo de la detención gubernativa en veinticuatro horas y que ese plazo, ampliado ya a setenta y dos horas en la Constitución, pueda llegar ahora a ser de diez días. Realmente, aunque estas Leyes Orgánicas cumplan literalmente lo previsto en el art. 55 de la Constitución, violan su espíritu cuando permiten que, sin una *resolución judicial*, se pueda prolongar una detención tanto tiempo. La anticonstitucionalidad de estas leyes, por infracción de los arts. 17, 24,2 y 25,3, entre otros, parece evidente (cfr. STC 17 diciembre 1987). La Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, no ha modificado mucho esta situación, si bien ha diluido estos preceptos (y otros relativos a incomunicaciones, intervención de teléfonos y correspondencia, etc.) en la LECrim. dándole un carácter de generalidad para todo tipo de delincuencia, lo que la hace aún más cuestionable.

C) EXCESOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS DE PRISIONES

El art. 533 castiga una serie de hechos cometidos por los funcionarios de prisiones o de centros de protección o corrección de menores que, en principio, son los únicos facultados para hacer cumplir o ejecutar, conforme al régimen legal y reglamentariamente previsto, las normas relativas a los derechos de la persona que se encuentra detenida o presa, privada, por tanto, legalmente de libertad.

> Dice el art. 533: «El funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

Tanto en la Ley General Penitenciaria (arts. 41 y ss.), como en el Reglamento que la desarrolla (arts. 73 y ss.) se establecen una serie de sanciones de carácter disciplinario que la Administración penitenciaria puede imponer para garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada dentro del establecimiento penitenciario (o de los centros

de protección o corrección de menores). En la medida en que estas sanciones se impongan en los casos y de acuerdo con el procedimiento establecido en dichas normas, la conducta del funcionario es completamente conforme a Derecho, aunque algunas de estas sanciones impliquen la privación de algunos derechos que la propia normativa penitenciaria concede al recluso (privación de permisos de salida, limitación de las comunicaciones orales o de paseos y actos recreativos comunes, etc.). Pero obviamente también aquí rige el principio de legalidad y de taxatividad de las sanciones de forma que no pueden imponerse más que las legal y reglamentariamente previstas y en las condiciones y conforme al procedimiento también legal y reglamentariamente previsto. Cualquier exceso en esta materia por parte del funcionario encargado competencialmente de imponer estas sanciones puede dar lugar a la aplicación del art. 533, siempre que se trate, claro está, de algo más que de una simple infracción formal susceptible de corrección por vía disciplinaria o por vía de recurso.

La acción típica en lo que se refiere a la segunda modalidad, «usar... de un rigor innecesario», encierra mayor grado de antijuricidad material, porque de algún modo implica el uso de una cierta violencia gratuita en la aplicación del régimen penitenciario ya de por sí, en condiciones normales de cumplimiento, bastante duro. Impedir el aseo personal, obligar al recluso a dormir en el suelo o en una cama sin colchón, atarlo a los barrotes de la cama con esposas varios días, mantenerlo desnudo en la celda de castigo, no permitirle afeitarse o limpiarse durante semanas, son rigores absolutamente innecesarios que bordean el delito de tortura del art. 174 (cfr. *supra* capítulo VII). El empleo de la reducción mecánica o cualquier otro procedimiento para evitar una actitud de violencia por parte del recluso hacia los funcionarios o hacia otros reclusos, así como otros sistemas para restablecer el orden y la disciplina en el establecimiento penitenciario son generalmente los argumentos utilizados para justificar el uso de un cierto grado de rigor y aun de violencia por parte de los funcionarios que actuarían así en una especie de estado de necesidad o incluso en cumplimiento de su deber. Naturalmente, también cabe que el funcionario actúe en legítima defensa en los casos en que se den los presupuestos de esta causa de justificación; pero no se debe olvidar que un sistema cerrado, inspirado en criterios de orden y disciplina y bastante ajeno por lo demás a los valores normalmente admitidos en libertad, es proclive a que se cometan abusos que deben ser sancionados por la vía de este art. 533 o del art. 174, si se dan los elementos de este delito,

cuyas diferencias con el previsto en el art. 533 son más bien cuantitativas y a dilucidar en función de las particularidades del caso concreto (cfr. STS 31 enero 1990).

DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA Y DEMÁS GARANTÍAS DE LA INTIMIDAD

Se agrupan en la Sección segunda del Capítulo V aquellas conductas de los funcionarios públicos que suponen un ataque a los derechos fundamentales a fijar la residencia y a la intimidad domiciliaria y epistolar reconocidos en los arts. 18,2 y 3, y 19 de la Constitución. La estructura de norma penal en blanco que los preceptos penales en esta materia adoptan obliga también a la referencia a la normativa extrapenal.

A) DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

> El art. 18,2 de la Constitución dice: «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito» (cfr. también art. 55,1 CE y art. 17 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, y comentario de BERDUGO, p. 115).

Igual que en las detenciones ilegales, la protección a la intimidad domiciliaria y al derecho del morador de excluir de su morada a terceras personas tiene una doble vertiente según el ataque provenga de un particular, o de una autoridad o funcionario público en causa por delito (cfr. *supra* capítulo X). La protección penal de este derecho ante la conducta antijurídica de autoridad o funcionario público que en el curso de una investigación de un delito no respete las garantías constitucionales o legales se encuentra en el art. 534, que contiene tres modalidades delictivas. *Bien jurídico protegido* común a todas ellas es, por tanto, el respeto de esas garantías constitucionales o legales por parte de la autoridad o funcionario público, que es precisamente lo que distingue este delito del allanamiento de morada del art. 202, en el que directamente se protege la intimidad domiciliaria (en este sentido SÁNCHEZ DOMINGO, pp. 58 ss.).

a) Entrada ilegal

> Dice el art. 534: «1. Será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales:
> 1.º Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador».

La referencia a «las garantías constitucionales o legales» obliga a recurrir una vez más a los preceptos extrapenales que disciplinan la intervención de las autoridades en este derecho.

Aparte de las facultades que confiere la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, a la autoridad gubernativa en casos de estado de excepción (art. 17), las prescripciones fundamentales en tiempos normales se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 545 y ss.). El principio cardinal del que se parte es el del consentimiento por parte del titular del domicilio y cuando no se dé o no esté presente el titular, se requerirá la intervención de la autoridad judicial que, mediante auto motivado, expresará la forma y lugar donde haya de hacerse el registro (art. 558 LECrim. Véanse también arts. 549, 551 y 553 del mismo cuerpo legal). Respecto a la entrada en el domicilio de empresas, personas jurídicas, etc., rigen también las normas generales, constituyendo allanamiento de morada si se dan las circunstancias del art. 203 o, en su caso, del art. 204, o del art. 534. Pero debe tenerse en cuenta lo dicho respecto al art. 203 en el capítulo X con relación a la entrada de autoridades o funcionarios que realizan funciones de control o inspección de cumplimiento de normas de seguridad, normas fiscales, de Seguridad Social, etc., para precisamente verificar ese cumplimiento. En la medida en que dichas funciones se cumplan conforme a lo dispuesto legalmente y se limiten a comprobar los aspectos relacionados con las mismas, la conducta de entrada sin autorización judicial estará justificada. Pero cuando se detecte la presencia de un delito se deberán poner inmediatamente los hechos en conocimiento de la autoridad judicial y actuar, a partir de ahí, con su autorización.

Existe también la posibilidad de entrada en el domicilio sin autorización judicial en caso de *delito flagrante* y otros supuestos previstos en el art. 553 LECrim., que conforme a la interpretación dada por el Tribunal Supremo (cfr. STS 29 marzo 1990) requiere una inmediatez temporal entre la realización del delito y la entrada en el domicilio, una inmediatez personal entre el delincuente, el domicilio y el objeto

del delito y una necesidad urgente de acabar con el delito que se está realizando en aquel momento y de detener a su autor, y siempre que en ese momento no sea posible obtener un mandamiento judicial.

El art. 21,2 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana pretendía ampliar dicho concepto en relación con los delitos de narcotráfico, entendiendo por delito flagrante «el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito», pero fue declarado expresamente inconstitucional por la STC 341/1993, de 18 de noviembre, al estimar que producía una ampliación incompatible con lo dispuesto en el art. 18,2 de la Constitución (véanse sobre este precepto FERNÁNDEZ ENTRALGO, en VARIOS, 1993; y sobre la STC 18 noviembre 1993, BONET ESTEVA, en VARIOS, Barcelona 1994, p. 152; y PORTILLA CONTRERAS, en VARIOS, Madrid 1994).

Cuando el funcionario que ha entrado correctamente se mantenga después ilegalmente dentro del domicilio, OCTAVIO DE TOLEDO (p. 345) considera que dicha conducta se puede incluir también en este delito, sin embargo, como expone SÁNCHEZ DOMINGO (pp. 117 ss.), ni la expresión «entrare» utilizada en el art. 534, ni la regulación procesal de la misma admiten dicha interpretación, aunque quizás pueda reconducirse dicha conducta al art. 542, como tipo residual al que llevar la obstaculización de derechos fundamentales que no encajan en otros preceptos más específicos, si no es tampoco reconducible a alguno de los otros dos supuestos previstos en el art. 534.

El error sobre el consentimiento del titular y los casos permitidos por la ley debe ser tratado como error de tipo, al tratarse de elementos que configuran la tipicidad o, como dice el art. 14,1, de un hecho constitutivo de la infracción penal (en este sentido OCTAVIO DE TOLEDO, p. 335; SÁNCHEZ DOMINGO, pp. 213 s.).

b) Registro ilegal

El número 2º del apartado 1 del art. 534 castiga con la pena prevista en dicho apartado a la autoridad o funcionario público que en las condiciones previstas en dicho apartado 1:

> «Registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño haya prestado libremente su consentimiento.

> Si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles, documentos y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la apropiación».

Los problemas y la normativa a la que hay que remitirse para solucionarlos son idénticos a los del párrafo anterior. También aquí son necesarios el consentimiento o la intervención judicial para justificar la acción (véanse arts. 569 y ss. LECrim.).

Sin embargo, la Constitución en su art. 55,2 permite que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, una ley orgánica determine la forma y los casos en los que los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, *en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o terroristas*. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

Dentro del párrafo 2º del art. 534 se contienen una cualificación y una remisión. Las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años y multa de doce a veinticuatro meses, «sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la apropiación», si el funcionario «no devolviere al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles, documentos y efectos registrados». El hecho puede estar justificado si los papeles y efectos deben ser recogidos y unidos al sumario (art. 574 LECrim.). El último inciso de este párrafo segundo remite tácitamente al robo con intimidación en la persona si el funcionario sustrajere o se apropiare de los efectos y papeles registrados. Existe una presunción de intimidación implícita por la situación prevalente en que se encuentra el funcionario respecto al particular (véase capítulo XVII).

c) Vejación injusta con motivo de registro legal

Dice el art. 534,2:

> «La autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes, será castigado con las penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior, y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

B) DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA

> El art. 18,3 de la Constitución dice: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial» (téngase en cuenta que este derecho puede ser suspendido de acuerdo con lo previsto en el art. 55,1 y 2 CE y en la Ley Orgánica que lo desarrolla, 4/1981, de 1 de junio (art. 18,2).

En relación con este derecho el art. 535 del Código penal contiene un tipo básico y una cualificación. Sobre escuchas telefónicas ilegales y otros atentados a la intimidad realizados por particular o por funcionario por razón distinta a la averiguación de un delito (arts. 197 a 201), cfr. *supra* capítulo X.

a) Tipo básico

> Según el párrafo primero del art. 535: «La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años».

Sujeto activo es la autoridad o funcionario público. La acción consiste en interceptar la correspondencia, pudiendo comprenderse también en esta expresión la detención de la misma. La apertura y la sustracción también se pueden considerar interceptación. Tanto una como otra suponen la detención. La apertura implica que la correspondencia va cerrada. Para la consumación no es necesario que el funcionario llegue a conocimiento de su contenido. La sustracción requiere una conducta de apropiación definitiva de la correspondencia y no simplemente su detención o interrupción momentánea. Es indiferente que exista o no ánimo de lucro; si existe, cabrá el concurso con el hurto o con el robo con fuerza en las cosas (sobre las posibilidades del delito continuado, véase RODRÍGUEZ RAMOS, 1975, pp. 290 ss.). Si la conducta se lleva a cabo por la autoridad o funcionario público, sin mediar causa por delito, será aplicable el delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 (véase *infra* capítulo XLI).

Objeto material es la correspondencia privada, postal o telegráfica. La expresión «con violación de las garantías constitucionales o legales» obliga, como en otros casos, a remitirse a la normativa extrapenal que disciplina la detención y apertura de la correspondencia (arts. 579 y ss. LECrim.; Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960, art. 14; art. 51,5 Ley General Penitenciaria).

b) Tipo cualificado

Según el párrafo 2º del art. 535, «si divulgara o revelara la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior, y, además, la de multa de seis a dieciocho meses».

C) INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

> Art. 536: «La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.
> Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses».

De estructura idéntica al artículo anterior, se trata se penalizar las escuchas ilegales que en relación con el particular realizan la autoridad o funcionario público o agente de éstos que actúan en la investigación de un delito violando las garantías constitucionales o legales. Los casos en los que está permitida la intervención telefónica, por orden judicial, están regulados en los arts. 579 a 588 LECrim. (sobre extralimitaciones en este control, véase STS 18 junio 1992: «caso Naseiro»). También en este precepto la divulgación o revelación de la información obtenida con la conducta descrita en el apartado 1 constituye una cualificación.

EXCURSO I: ULTRAJES A ESPAÑA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* CALDERÓN SUSÍN, *El art. 10º de la Ley 19/1981*, CPC 1982; GONZÁLEZ CASANOVA, *La distinción Estado-Régimen político y la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, RJCat. 1966; TAMARIT SUMALLA, *El delito de ultrajes a la Nación*, AJ 1988 (también en AP 1989).

En el Capítulo VI del Título XXI se recoge en el art. 543, entre los delitos contra la Constitución, el delito de «ultrajes a España»: «Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses».

Un precepto similar fue introducido en el Código penal de 1944 como consecuencia de la Ley de Seguridad del Estado de 1941. Un precedente más remoto se encuentra en la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906 (art. 2). Tras la reforma de 8 de abril de 1967, el art. 123 del anterior Código penal quedó redactado de forma que se equiparaban los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, con los ultrajes *al Estado o su forma política*, así como a sus símbolos y emblemas, con penas que, en caso de que el hecho se realizara con publicidad, podían llegar a los doce años de prisión (sobre esta regulación, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 634 ss.).

El origen espurio de este precepto y su posible incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión cuestionan gravemente su mantenimiento en el actual Código penal. Por eso, se impone una interpretación restrictiva de la expresión «ofensas o ultrajes» que constituye el núcleo del tipo. Por tal debe entenderse la ofensa grave, el menosprecio, la injuria llevada a cabo por palabras o actos y no simplemente una falta de respeto. Naturalmente, el concepto de «ultraje a España» varía mucho de una sensibilidad política a otra. Durante el último período de la dictadura franquista se consideraron ultrajes en la STS de 26 de junio de 1969 quemar la bandera nacional, y en la STS de 11 de diciembre de 1973, decir que los españoles son «unos hijos de puta». Si bien estos hechos podrían hoy igualmente considerarse como «ultrajes», es probable que en un determinado contexto político (manifestación en favor de una determinada reivindicación autonómica o incluso separatista) se consideren normales o, por lo menos, como ejercicio legítimo de la libertad de expresión o manifestación de opinión. Del mismo modo que en un estadio de fútbol se profieren contra el árbitro o los jugadores expresiones gravemente injuriosas, sin que a los afectados por las mismas se les ocurra interponer una querella criminal, hay que admitir que en manifestaciones contra la guerra (caso de los jóvenes universitarios norteamericanos en sus protestas en los años 60 contra la Guerra de Vietnam), o de carácter nacionalista, se quemen banderas o se profieran expresiones objetivamente injuriosas contra una determinada concepción de la unidad de España (sobre el art. 10,3 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, sobre uso de la Bandera de España, cfr. CALDERÓN SUSÍN; TAMARIT SUMALLA, 1988, p. 929; y STS 20 febrero 1990).

En general, la doctrina se muestra contraria al mantenimiento de este precepto tanto por su falta de contenido sustancial, como por lo que puede suponer de límite a la libertad de expresión y a la legítima discrepancia política (véanse CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 1337; PORTILLA CONTRERAS, en Curso II, p. 825; CARBONELL/ VIVES, en VIVES, Comentarios, p. 2061; y TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO, Comentarios, p. 2160).

Tipo objetivo

Sujeto pasivo era originariamente sólo la Nación, sus símbolos o emblemas. La jurisprudencia anterior a la reforma del 67 equiparó en ocasiones los conceptos de Nación, Estado y Régimen político, aplicando también este delito a los ultrajes al Régimen (el de la dictadura franquista, por supuesto). Pero en la STS de 25 de octubre de 1965 se restringió el tipo a la Nación argumentándose que el Régimen político era un concepto distinto y transitorio que no podía equipararse nunca a la Nación (véase GONZÁLEZ CASANOVA, p. 1015). Quizás por ello la reforma del 67 introdujo expresamente la referencia al *Estado o a su forma política*, consiguiendo de este modo también una protección del Régimen pues, como dice GONZÁLEZ CASANOVA (lug. cit.), la distinción entre estos conceptos no es clara y evidente. Pero, en todo caso, independientemente de cuál fuera la voluntad real del legislador, no puede considerarse como merecedor de pena el ataque, aunque sea injurioso, a la orientación política concreta que adopte un Gobierno, a la acción o situación temporal del régimen imperante, pues con ello se cae fácilmente en el peligro de considerar punible toda crítica o discrepancia con los detentadores del poder, anulando las bases fundamentales de control democrático del poder (cfr. *supra* capítulo XXXIV). Para evitar estas dudosas equiparaciones el actual art. 543 sólo considera sujetos pasivos de este delito a «España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas». A partir de esta redacción debe considerarse que «el sentimiento de la unidad de España», que es uno de los temas más recurridos cuando se trata de justificar el castigo de los supuestos «ultrajes» al mismo, hace referencia a la representación colectiva unitaria de la colectividad frente al exterior, y puede ser compatible con una determinada concepción de esa unidad que propugne un sistema federalista o el derecho a la autodeterminación de las distintas regiones o pueblos que forman la Nación.

En todo caso, las ofensas que, según el art. 543, pueden llevarse a cabo «por escrito o de hecho», para ser punibles deben efectuarse «con publicidad».

Tipo subjetivo

El carácter injurioso de la acción debe ir acompañado de un ánimo específico de injuriar.

EXCURSO II: DELITOS ELECTORALES

Bibliografía: JIMÉNEZ DÍAZ, *Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio*, en Comentarios a la legislación penal XVI, Madrid 1994; MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales*, Granada 1977; MUÑOZ CONDE, *Delitos electorales*, CPC 1977 (también en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983); ORTS BERENGUER, *Consideraciones críticas en torno a los tipos legales del Real Decreto Ley 20/1977, de 18 marzo, sobre normas electorales*, CPC 1977. De interés histórico y socio-

lógico cfr. también MESTRE, *Los delitos electorales en España*, Madrid 1976.

Establecido a nivel constitucional el principio de que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1,2 CE), es necesario que dicho principio se realice a través de unas elecciones competitivas en las que los ciudadanos eligen entre varios candidatos quién o quiénes deben representarlos en los diversos sectores del poder público al que las elecciones se refieren. El régimen electoral es tan importante para hacer realidad el principio democrático que el art. 81,1 de la Constitución exige que tenga el carácter de Ley Orgánica la que apruebe «el régimen electoral general». Sin embargo, a pesar de este mandato constitucional, este régimen electoral general estuvo regulado por el Real Decreto-Ley 10/1977, de 28 de marzo, realizado al amparo de la Ley para la reforma política y con objeto de preparar las elecciones generales de 15 de junio de 1977, hasta que fue sustituido por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio.

Siguiendo una tradición de nuestras leyes electorales (cfr. también Ley de 8 de agosto de 1907), la Ley de 1985 contiene un Capítulo completo, el VIII del Título I, con los delitos e infracciones en materia electoral. Estas normas tratan de proteger el proceso electoral mismo, sancionando aquellos comportamientos que impiden o dificultan la libertad de decisión de los electores o falsean el resultado electoral (cfr. Muñoz Conde, 1977, p. 166). En realidad, estos preceptos no añaden prácticamente nada nuevo a los delitos de coacciones, amenazas, falsedades, etc., ya existentes, además de que la técnica de tipificación y de sanción utilizada no se corresponde ya con la del Código penal de 1995; pero con un afán preventivo evidente y en algunos casos con finalidad agravatoria de las penas de los delitos comunes, la Ley de 1985 sigue manteniendo vigente una serie de tipos delictivos casuísticos que se pueden clasificar así:

a) Delitos electorales propios de los funcionarios públicos

El art. 140,1 castiga con prisión mayor y multa a los funcionarios que abusando de su oficio o cargo dolosamente realicen alguna de las falsedades previstas en dicho artículo (alterar fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral, realizar con inexactitud el recuento de electores, etc.), aunque la relación no es exhaustiva, ya que el apartado g) del mismo artículo remite a las falsedades previstas en el art. 302 del Código penal, lo que obviamente debe entenderse ahora como una remisión al art. 390. El art. 140,2 castiga expresamente la imprudencia temeraria. Sobre el concepto de funcionario, cfr. art. 135,1.

El art. 141 castiga con la pena de prisión menor y multa al particular que participe dolosamente en las falsedades descritas en el artículo anterior.

El art. 139 castiga con arresto mayor y multa a los funcionarios públicos que dolosamente incumplan determinadas obligaciones relativas a la pureza del proceso electoral, como la formación del censo electoral, la redacción de actas y certificaciones, suspensión de actos electorales, etc.

b) Votación indebida

El art. 142 castiga con prisión menor en grado mínimo, inhabilitación especial y multa a quienes voten dos o más veces en la misma elección o a quienes voten dolosamente sin capacidad para hacerlo.

c) Propagandas electorales ilegales

El art. 144 castiga con arresto mayor o multa a quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes:

a) Realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral.

b) Infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados a los mismos para las diversas candidaturas, así como las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral.

En realidad, se trata de una norma penal en blanco ya que tanto el concepto de propaganda, como el de campaña son conceptos extrapenales que se definen en otros lugares de la Ley. En ningún caso debe estimarse que las limitaciones que en ellos se establecen son limitaciones anticonstitucionales al ejercicio de la libertad de expresión, como indirectamente pretende la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1982 (confirmada por STS de la Sala de lo Contencioso-administrativo 22 julio 1982), acogiendo en parte el recurso de la Confederación Empresarial Andaluza (CEA) contra decisión de la Junta Electoral Central, prohibiéndole participar en la Campaña electoral a las elecciones al Parlamento Andaluz. Pues se trata de «limitaciones funcionales» en aras de la pureza del proceso electoral mismo que nada tienen que ver con la libertad de expresión. Si, por ej., se manda terminar la campaña de propaganda electoral a las cero horas del día inmediato anterior a la elección, o se establece cómo se han de celebrar los actos públicos de propaganda electoral en locales oficiales, o se prohíbe a partir de una determinada fecha la publicación de encuestas electorales, ello no se hace para limitar la libertad de expresión, sino para garantizar lo más posible la pureza del proceso electoral, evitar la manipulación o el engaño de los electores, etc. El que estos preceptos se puedan evadir simplemente no haciendo «oficialmente» campaña electoral, o encubriéndola bajo el nombre de «orientación de voto» constituye un «fraude de ley» de consecuencias imprevisibles para el propio proceso electoral. En este sentido debe entenderse el art. 145, que castiga con pena de arresto mayor, multa e inhabilitación a quienes infrinjan dolosamente la normativa vigente en materia de encuestas electorales, y el pfo. 2º del art. 144 (propaganda electoral realizada por militares, determinadas autoridades, etc.).

d) Denegación de auxilio y abandono injustificado de las funciones electorales

El art. 143 establece que el Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales, así como sus respectivos suplentes, que dejen de concurrir a desem-

peñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa.

e) Cohecho y coacciones electorales

El art. 146 castiga con arresto mayor y multa a quienes «vician» la voluntad de los electores mediante actos de soborno, violencia o intimidación y a quienes les impidan o dificulten la entrada, salida o permanencia a los actos electorales. El pfo. 2 de este artículo contiene una cualificación para los funcionarios públicos.

f) Desórdenes públicos electorales

El art. 147 castiga con arresto mayor y multa a los que perturbaren gravemente el orden en cualquier acto electoral.

g) Delitos propios de los administradores

El art. 149 castiga con prisión menor y multa a los administradores generales y de las candidaturas que falsean las cuentas.

El art. 150 castiga con las mismas penas a los administradores generales, así como a las personas autorizadas a disponer de las cuentas electorales, que se apropien o distraigan fondos para fines distintos de los contemplados en la Ley.

h) Agravación para los delitos de calumnia e injuria

El art. 148 dispone que cuando se cometan en campaña electoral, y con motivo u ocasión de ella, delitos de calumnia e injuria, las penas privativas de libertad previstas en el Código se impondrán en su grado máximo.

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

CAPÍTULO XXXVII

Sedición. Atentado y resistencia grave. Desobediencia y resistencia. Desórdenes públicos. Disposición común

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALTES SALAFRANCA, *Concepto del delito de atentado*, RGD 1964; ÁLVAREZ VIZCAYA, *Breves consideraciones sobre la regulación del delito de desacato en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992*, ADP 1993; el mismo, *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Barcelona 1993; CALDERÓN SUSIN, *Protección penal de determinada fuerza armada*, en Comentarios a la legislación penal X, Madrid 1989; CEREZO MIR, *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*, REP 1966; CÓRDOBA RODA, *El incumplimiento de las resoluciones judiciales y el delito de desobediencia*, AJ 1981; GARCÍA ARÁN, *La protección del Estado como límite penal a la libertad de información y expresión*, Anuario del Departamento de Ciencia política y Derecho público, Barcelona 1990; GARCÍA VALDÉS, *El delito político*, Madrid 1976; HIGUERA GUIMERÁ, *Sedición militar*, en Comentarios a la legislación penal X, Madrid 1989; JIMÉNEZ DÍAZ, *Los delitos de desacato en el Código penal español*, Madrid 1992; MESTRE LÓPEZ, *El delito de desobediencia a la autoridad o sus agentes*, Barcelona 1986; MORILLAS CUEVA, *El art. 20 de la Constitución y los delitos de desacatos*, ADP 1981; el mismo, *De nuevo sobre los delitos de desacato*, RFDUG 1989-1992; MUÑOZ CONDE, *Sobre aplicación de la exceptio veritatis al delito previsto en el art. 161,1º del Código penal*, CPC 1982; MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El bien jurídico protegido en los capítulo VI y VII del título II del Código penal*, CPC 1977; el mismo, *De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines*, CPC 1980; PUIG PEÑA, *Desacato*, NEJ VII, 1955; QUERALT JIMÉNEZ, *Un ejemplo de inconsecuencia legislativa: el art. 5,2 de la Ley de Policía*, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; QUINTERO OLIVARES, *Sobre la pervivencia del delito de desacato*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; ROSO CAÑADILLAS, *Resistencia, desobediencia y atentado. Actuación del agente de la autoridad frente a estas conductas. (Comentario a la STS Sala 2.ª, de 24 de junio de 1993)*, PJ 1994; TERUEL CARRALERO, *El delito de desobediencia a las órdenes particulares del Gobierno*, ADP 1968.

Sobre el Código penal de 1995: ALONSO DE ESCAMILLA, *La legislación histórica de orden público*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; CUERDA ARNAU, *Los delitos de atentado y resistencia*, Valencia 2003; DELGADO

MARTÍN, *Quebrantamiento de resolución judicial relativa a menores*, AP 1997; FERNÁNDEZ RODERA, *Los delitos de rebelión y sedición*, La Ley 1996; JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia 1997; ROIG TORRES, *El delito de atentado*, Pamplona 2004.

Sobre el delito de desórdenes públicos, véase *infra*.

Pocos conceptos son tan confusos, oscuros y difíciles de precisar como el de orden público. Su utilización es, sin embargo, obligada, al mencionarse en la rúbrica del Título XXII, que contiene precisamente los «Delitos contra el orden público». Una concepción amplia del orden público puede abarcar, sin embargo, prácticamente todos los delitos tipificados en el Código penal, además de otros muchos actos no delictivos, con lo que su valor sistemático es casi nulo. Junto a esta concepción amplia, rayana en la indeterminación, del orden público, existe otra más restringida que lo refiere a la *tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana*. Originariamente, el concepto de «orden público» se empleaba en el Código penal de 1870 en la rúbrica del Título III en el que incluía la rebelión, la sedición, los atentados y desacatos a los funcionarios públicos y los desórdenes públicos, utilizándose también en la rúbrica del Capítulo II del Libro III (faltas contra el orden público). El Código penal de 1944 incluyó estos delitos junto con los antiguos delitos contra la Constitución en el mismo Título: Delitos contra la seguridad interior del Estado, dándoles un contenido evidentemente político, aumentado al tipificar en inmediata conexión con ellos el terrorismo y las propagandas ilegales.

El Código penal de 1995 vuelve a la distinción originaria del Código penal de 1870, pero incluye la rebelión como delito contra la Constitución, lo que permite restringir el concepto de orden público a las manifestaciones de la paz pública en las relaciones sociales, aunque la inclusión en el Título XXII de los delitos de terrorismo le da un aspecto político que vuelve a emparentar esta materia con la de los delitos contra la Constitución. A pesar de ello, debe seguir manteniéndose el concepto restringido de orden público, porque en los delitos que vamos a tratar el componente decisivo, o por lo menos distintivo, sigue siendo la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria. A la misma concepción responden también algunas de las «faltas contra el orden público» del Título IV del Libro III (arts. 633 a 637), aunque aquí existan todavía algunos ejemplos de la antigua concepción (cfr. por ej., arts. 634 y 637).

La supresión del delito de *desacato*, que daba un tratamiento especial y más severo a las injurias a la autoridad e introducía en el concepto estricto de orden público un factor distorsionante, facilita sin duda este entendimiento del orden público, que ya no se ve mixtificado con referencias a la dignidad de la autoridad como un elemento integrante del mismo, aunque dicha idea esté todavía presente en la configuración del delito de desobediencia (sobre la situación anterior, véanse MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 742, y las obras de OCTAVIO DE TOLEDO, MORILLAS CUEVA, GARCÍA ARÁN, JIMÉNEZ DÍAZ y ÁLVAREZ VIZCAYA. Sobre el debate parlamentario en relación con la supresión del desacato, véase LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, p. 201).

SEDICIÓN

Se tipifica este delito en el Capítulo I del Título XXII. Característica principal de la sedición es, como en la rebelión, la existencia de un alzamiento público («y tumultuario»). En cierto modo la sedición es una rebelión en pequeño, pero desprovista del contenido político de este delito y, por tanto, mucho menos grave o, por lo menos, menos inquietante para el poder constituido y para las Instituciones políticas fundamentales del Estado. Aun así, las penas con las que se castiga son también muy graves, hasta el punto de que el art. 547 dispone: «En el caso de que la sedición no haya llegado a entorpecer de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública y no haya tampoco ocasionado la perpetración de otro delito al que la Ley señale penas graves, los Jueces o Tribunales rebajarán en uno o dos grados las penas señaladas en este capítulo».

Concepto de sedición

> Art. 544: «Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».

La sedición se define de un modo negativo respecto a la rebelión, de la que se diferencia precisamente porque en ella faltan las finalidades políticas mencionadas en el art. 472. Aun así tienen importantes afinidades estructurales, como lo demuestra el que algunos preceptos de la rebelión sean directamente aplicables al delito de sedición (cfr. arts. 546 y 549). Y la STS de 10 de octubre de 1980 destaca por ejemplo la pluralidad de los sujetos activos en número considerable,

lo que la convierte también en un *delito de convergencia*. Pero debe advertirse que cada uno de estos delitos tiene una tipicidad y finalidad propias, debiendo estimarse sólo la rebelión, por ser ley especial y más grave, cuando ambas coincidan. Lo que emparenta a los delitos de rebelión y sedición es, como indica QUINTANO (Comentarios, p. 556), la condición formal de colectividad y hostilidad. Por lo demás pueden darse por reproducidas las consideraciones hechas sobre la rebelión, debiéndose tener en cuenta que aquí es más factible la posibilidad de que los sediciosos consigan alguno de sus fines y que en algunos casos puede apreciarse alguna causa de justificación (recuérdese la famosa obra de Lope de Vega: Fuenteovejuna).

Una vez suprimidos los antiguos tipos que penalizaban en el anterior Código penal la *huelga* como delito de sedición y la incitación a la sedición militar, la sedición ha quedado como un puro delito contra el orden público, siendo lo principal en ella el carácter tumultuario del alzamiento público. Este carácter es lo que la diferencia de las manifestaciones ilegales (véase *supra* capítulo XXXV) y de los desórdenes públicos (véase *infra*). No es consustancial a la sedición el uso de la fuerza, aunque el alzamiento de varias personas implica normalmente un grado de constreñimiento de la voluntad ajena que puede llegar a la coacción o la amenaza. El carácter de «tumultuario» que debe tener el alzamiento indica una cierta desorganización o espontaneidad que no se da en la rebelión y que recuerda más a los motines y las «asonadas» del antiguo Derecho español.

Penalidad

Conforme al art. 545, la penalidad varía dependiendo del grado de responsabilidad personal asumida en la misma:

> «1. Los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición o aparecieren en ella como sus principales autores, serán castigados con la pena de prisión de ocho a diez años, y con la de diez a quince años, si fueran personas constituidas en autoridad. En ambos casos se impondrá, además, la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo. 2. Fuera de estos casos, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de prisión, y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años».

Según el art. 546, a efectos de determinar quiénes son los principales responsables cuando la sedición no haya llegado a organizarse

con jefes conocidos, será aplicable lo dispuesto para la rebelión en el art. 474 («los que de hecho dirijan a los demás, o lleven la voz por ellos, o firmen escritos expedidos a su nombre, o ejerzan otros actos semejantes de dirección o representación»). Igualmente es aplicable a la sedición, según dispone el art. 549, lo dispuesto sobre efectos del desistimiento y supuestos de favorecimiento relacionados con la rebelión en los arts. 479 a 484 (cfr. *supra* capítulo XXXIV).

También los *actos de participación intentada* (conspiración, provocación y proposición a la sedición) se declaran expresamente punibles en el art. 548:

> «La provocación, la conspiración y la proposición para la sedición serán castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas, salvo que llegue a tener efecto la sedición, en cuyo caso se castigará con la pena señalada en el primer apartado del artículo 545, y a sus autores se los considerará promotores».

El delito de sedición militar se castiga en los arts. 91 y ss. del Código penal militar.

ATENTADO Y RESISTENCIA GRAVE

Dentro del Capítulo II se tipifican los delitos de atentados y de resistencia y desobediencia.

Concepto de atentado

> Art. 550: «Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas».

En esta definición se contienen los *elementos comunes* a las distintas figuras que vamos a analizar después.

Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquiera, aunque la cualidad de autoridad, agente de ésta o funcionario público en el sujeto activo determine la agravación de la pena (art. 552,2ª).

Sujeto pasivo es la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos. El concepto de tales lo ofrece el art. 24 (cfr. también *infra* capítulo XLI). Antes de la reforma de 1944 no se mencionaba expresamente a los funcionarios, pero la jurisprudencia consideró que, dada la amplitud del antiguo art. 119 (hoy 24), podían subsumirse en el concepto de autoridad. Por eso considera cierto sector doctrinal que su mención expresa es superflua. Pero, como indica CEREZO MIR (p. 320), esta tesis es dudosa, pues si bien es verdad que toda autoridad o sus agentes son funcionarios públicos, no todo funcionario es siempre autoridad. La cuestión ha perdido interés evidentemente tras la reforma de 1944, pero debe tenerse en cuenta, ya que la gravedad de la pena depende de si el sujeto pasivo es o no autoridad y en el delito de resistencia y desobediencia no se menciona a los funcionarios públicos expresamente (véase *infra*).

El sujeto pasivo debe ser atacado cuando se halle «ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas». Cuando el funcionario se halla en el ejercicio de sus funciones, la identificación entre su persona y el órgano al que representa es total, protegiéndose así a través de la persona el órgano que encarna. En el segundo caso, «con ocasión», no existe tal identificación, bastando con que el ataque se realice en atención a las funciones ya ejercidas o a las que van a realizarse. Por ello es necesario, en todo caso, que el cargo que se va a desempeñar, que se está desempeñando o que ya se ha desempeñado sea el *motivo* del atentado.

La razón de ser de este delito es de algún modo la protección penal del ejercicio correcto de un cargo que implica siempre el ejercicio de alguna forma de autoridad, pero no el *principio de autoridad* en sí mismo considerado (cfr., sin embargo, CARBONELL/ VIVES, en VIVES, Comentarios, p. 2071, quienes destacan el principio de autoridad como bien jurídico protegido en este delito. También JUANATEY DORADO, p. 39, si bien considera que sólo se protege la «autoridad legítima»). Se trata, pues, la mayoría de las veces de personas que ejercen su autoridad para preservar la paz pública en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana (policías, guardias de tráfico, etc.); cuando no es así, hay que hacer una interpretación restrictiva y no calificar automáticamente de atentado cualquier agresión sobre una persona revestida formalmente del carácter de autoridad, pero fuera de horas de servicio o por motivos privados (lo que no excluye, naturalmente, que se puedan apreciar delitos comunes de lesiones, amenazas, etc.).

En todo caso, la protección penal cesa cuando la autoridad o el funcionario se extralimita en sus funciones hasta el punto de perder su cualidad funcionarial o de autoridad. Ocurre esto, por ejemplo, cuando emplea una violencia innecesaria, o actúa con una falta absoluta de competencia para fines particulares. Con razón sostiene CÓRDOBA (III, pp. 501 ss.) que la protección que se dispensa aquí sólo tiene sentido para el funcionario que actúa «conforme a Derecho» (sobre la legítima defensa del particular en estos casos véase *infra*).

> El art. 555 dispone que «las penas previstas en los artículos 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios». Y, por su parte, el art. 554,1 castiga con las penas establecidas en los arts. 551 y 552, en sus respectivos casos, al que «maltratare de obra o hiciere resistencia activa grave a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas». A estos efectos —dice el apartado 2 del mismo artículo—, «se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado».

La *acción* viene descrita en el art. 550 alternativamente: «acometer, emplear fuerza, intimidar gravemente o resistir también gravemente de forma activa». Basta, por tanto, con que se realice cualquiera de estos actos para que haya atentado. Por acometimiento entiende la jurisprudencia la acción de agredir corporalmente. Prácticamente se confunde con el empleo de fuerza, que supone ya el empleo de una violencia corporal efectiva (dar una bofetada, lanzar el automóvil contra un guardia municipal). La distinción es en todo caso superflua, pues el empleo de fuerza supone ya el acometimiento y ambos indistintamente constituyen ya el tipo. CEREZO MIR (p. 326) considera que «el empleo de fuerza» incluye también los casos en que la fuerza se dirige contra cosas materiales, siempre que el funcionario reciba en su cuerpo dicha violencia (arrebatar al funcionario una cosa, dejarlo encerrado en una habitación, etc.).

Mayor trascendencia tiene la distinción con la intimidación, pues cuando ésta no es grave el hecho deja de ser delito. La opinión dominante considera que la intimidación constitutiva del atentado es la amenaza de realizar un mal inmediato. En todo caso, el Código exige la *gravedad* de la amenaza, al igual que en la resistencia, pues si ésta no es grave existirá el delito del art. 556. La gravedad de la intimidación y la resistencia debe medirse con un criterio objetivo, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. La resistencia no se considera

grave cuando es meramente pasiva, sin empleo de fuerza ni de intimidación. En relación a supuestos como los del sujeto que se ata con cadenas, el «forcejeo» con el agente de la autoridad o el empujarlo para huir, la Jurisprudencia es oscilante a la hora de calificarlos en base a este delito, o como modalidad de resistencia no grave o desobediencia grave, que constituye el delito previsto en el art. 556 (cfr. STS 4 marzo 2002; CUERDA ARNAU, pp. 83 ss., y lo dicho *infra* respecto al delito de desobediencia).

Tipo subjetivo

El dolo requiere el conocimiento de la cualidad de autoridad, agente o funcionario público del sujeto pasivo. Cuando éste no se encuentra ejerciendo sus funciones, el atentado debe realizarse con motivo de dicho ejercicio.

Causas de justificación

La legítima defensa del particular como justificación de un delito de atentado sólo se puede admitir cuando el acto de la autoridad o funcionario sea antijurídico. Pero de la existencia de actos antijurídicos formalmente obligatorios en el Derecho administrativo y en el Derecho procesal se deriva que no todo acto antijurídico puede fundamentar una legítima defensa, aunque sí, en su caso, el estado de necesidad. CEREZO, partiendo de algunos preceptos jurídicos administrativos y penales, considera que sólo es posible la legítima defensa frente a actos evidentemente antijurídicos, imposibles o que constituyan delito o falta. El empleo innecesario de violencia justifica por supuesto la reacción del particular. El Tribunal Supremo distingue a este respecto entre las meras extralimitaciones y excesos y las violencias innecesarias: en el primer caso no admite la legítima defensa y en el segundo considera que no existe un atentado porque el empleo de la violencia hace perder a la autoridad o agentes que la utilizan, sin causa justificada, dicho carácter (véanse, por todas, la STS 24 junio 1994; y CÓRDOBA III, pp. 502 ss. CARBONELL/ VIVES, en VIVES, Comentarios, p. 2081, consideran que si el acto del funcionario o autoridad es radicalmente nulo, no hay en caso de empleo de fuerza por parte del particular atentado, independientemente de que la actuación del funcionario sea una simple extralimitación o algo más grave, pero en los casos en que el propio Ordenamiento jurídico ofrezca unos medios legales

de impugnación y limite a ellos la posible reacción del particular, el recurso a la fuerza constituirá atentado). El error del sujeto que cree que está siendo objeto de una actuación ilegítima por parte del agente de la autoridad, por ejemplo se cree víctima de una detención arbitraria y en consecuencia se resiste activa y gravemente a la misma, es, en principio, irrelevante, dado que difícilmente puede considerarse legítimo el empleo de fuerza o intimidación o de medios equivalentes a la misma, aunque por la vía del error de prohibición vencible puede dar lugar a una atenuación de la pena (cfr. art. 14,3). Más admisible, es, en cambio, esta posibilidad en el delito de desobediencia (sobre las causas de justificación en el delito de desobediencia, cfr. *infra*).

Tipos legales y penalidad

La abundante casuística legislativa puede reconducirse a dos tipos fundamentales: uno básico y otro cualificado.

El *tipo básico* es el contenido en el apartado 1 del art. 551, en el que se castigan las conductas constitutivas de atentado del art. 550 «con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos».

El *tipo cualificado*, en razón de la cualidad del sujeto pasivo, está contenido en el apartado 2 del art. 551 que establece: «No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses».

El art. 552 contiene a su vez una *cualificación común a todas las modalidades de atentado*:

> «Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concurra alguna de las circunstancias siguientes:
> 1ª. Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.
> 2ª. Si el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público».

Punibilidad de la participación intentada

El art. 553 establece que la provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores (por tanto, no para el maltrato de obra o la resistencia grave a fuerza armada del art. 554) será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA

> Castiga el art. 556 con la penas de prisión de seis meses a un año a «los que, sin estar comprendidos en el art. 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones».

Tipo objetivo

En orden al sujeto pasivo, el art. 556 no menciona expresamente a los funcionarios públicos, por lo que deben ser excluidos de su ámbito, no ya porque, como antes se dijo, el concepto de funcionario no siempre implica el de autoridad, sino, porque, como dice CEREZO (p. 366), es imposible desobedecer a un funcionario público que no sea autoridad o agente (en este sentido, JUANATEY DORADO, p. 78).

La acción consiste en resistir, o en desobedecer gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones. El Tribunal Supremo, como ya antes se ha dicho, atiende para medir la gravedad de la resistencia a que ésta sea activa o pasiva. Según este criterio, será grave cuando va acompañada de acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, y no tan grave o menos grave cuando es pasiva e inerte, aunque manifiesta y tenaz, que es lo que se castiga en el art. 556 (véanse SSTS 28 febrero, 29 abril y 7 junio 1974, 28 octubre 1975 y 28 enero 1982).

Con este criterio se hace verdaderamente difícil distinguir, a su vez, la resistencia no grave de la desobediencia grave, pues ésta constituye también una conducta meramente omisiva, aunque puede ir acompañada de un hacer positivo (por ejemplo, salir corriendo), y el mismo Tribunal Supremo califica a veces la resistencia pasiva como «desobediencia intensa». JUANATEY DORADO (p. 70) considera que es irrelevante el carácter activo o pasivo de la conducta, ya que también una conducta meramente pasiva (no atar al perro que impide la entrada de la autoridad en la casa) puede ser grave. Lo importante, según esta autora, es la valoración de las circunstancias concurrentes: en la resistencia, grave o no, siempre hay fuerza dirigida a obstaculizar el ejercicio de la autoridad; en la desobediencia hay un simple incumplimiento de las órdenes de la autoridad. De todos modos, la desobediencia ha de ser grave, pues si fuera leve vendría en aplicación la falta del art. 634.

Tipo subjetivo

El concepto mismo de desobediencia (o resistencia) exige en el tipo subjetivo el conocimiento de la orden o mandato de la autoridad y la voluntad de desobedecer o resistir a pesar de ello, lo que implica que el destinatario de la orden haya sido requerido de algún modo, personal y directamente, a realizar una determinada conducta o a abstenerse de hacerla. En la regulación del anterior Código penal el Tribunal Supremo exigía a veces la intención de ofender el principio de autoridad o menospreciar a la persona que lo representa, aunque ello no encontraba apoyo en el texto legal, pero claramente dejaba fuera del Derecho penal la comisión imprudente de este delito; ahora, al no estar la imprudencia expresamente castigada, se puede prescindir de dicho requisito subjetivo (véanse SSTS 28 febrero y 11 junio 1974).

Causas de justificación

Igual que en el atentado caben la legítima defensa y el estado de necesidad, siempre que se den las condiciones allí citadas, configurando un *derecho a la resistencia* por parte del particular frente a la actuación claramente incorrecta o a las extralimitaciones de la autoridad, aunque la obligación en algunos casos de cumplir órdenes materialmente antijurídicas, pero formalmente vinculantes, y la posibilidad de recurrirlas restringe ese derecho a casos realmente graves de lesión claramente antijurídica de bienes jurídicos fundamentales (sobre la entrada en domicilio sin mandamiento judicial, véase STS 24 junio 1994). Pero también hay que tener en cuenta, sobre todo en el caso de la desobediencia, su carácter residual, así como la menor gravedad respecto al atentado y la resistencia grave, lo que deja un mayor espacio de juego a una posible justificación de la conducta que en los otros delitos. El problema sigue siendo que hay órdenes antijurídicas que revestidas de las formalidades legales tienen la apariencia de legítimas y deben ser obedecidas. Lo contrario supondría tanto como

dejar desprotegido al agente que tiene que cumplirlas. Así, por ejemplo, una orden de detención firmada por el juez competente contra un ciudadano, sabiendo el agente de policía que tiene obligación de detenerlo que es inocente del delito de que se le acusa y que el juez actúa por motivos de enemistad personal, debe ser acatada por el ciudadano, sin perjuicio de los recursos y acciones que pueda entablar contra dicha orden, pues lo contrario supondría dejar al agente de la policía sin poder y sin protección jurídica para cumplir su cometido. En principio, se puede decir, por tanto, que toda orden que tenga que ser cumplida por el inferior jerárquico del que la ha impartido, so pena de cometer si no el delito de desobediencia del funcionario previsto en el art. 410 (cfr. *infra* capítulo XLI), es una orden también vinculante para el particular, cuyo incumplimiento le hace incurrir en el delito previsto en el art. 556, sin perjuicio de apreciar, en su caso, excepcionalmente el estado de necesidad o más fácilmente un error de prohibición, con el efecto previsto en el art. 14,3. Sólo las órdenes que constituyan una infracción clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general (cfr. art. 410,2) pueden legítimamente ser desobedecidas también por el particular (en este sentido, también JUANATEY DORADO, pp. 114 ss.).

Los supuestos más discutibles vienen ya resueltos expresamente por el legislador. Así, por ej., el art. 420 de la LECrim. extiende la pena de este delito a los que se resistieren a declarar ante el Juez acerca de los hechos sobre los que fuesen preguntados. También en algunos artículos del Código penal se castigan algunas modalidades específicas de desobediencia, como por ej., en los arts. 227, 294, 326,b), 463, 502,1, o el art. 380, que precisamente se remite en materia de desobediencia a someterse a las pruebas de alcoholemia al art. 556. Este último, declarado conforme a la Constitución por STC 161/1997, de 2 de octubre (cfr. *supra* capítulo XXIX), no deja de ser una anomalía en el derecho fundamental establecido por el art. 24,2 CE a que no hay obligación de declarar contra sí mismo, y mucho menos a aportar pruebas de carácter corporal (análisis de sangre, inspección corporal, etc.) que además violan el derecho a la intimidad (art. 18,1 CE). Por tanto, es legítimo negarse a someterse a dichas pruebas, a reserva de lo que establece el art. 380 (en este sentido MIRANDA, en SERRANO BUTRAGUEÑO, Comentarios, p. 1923; a favor de la existencia de un delito de desobediencia en estos casos, STS 7 junio 1994; STC 371/1989, 15 febrero). Respecto a la sustracción del menor llevada a cabo por el progenitor que no tiene la patria potestad o el derecho de custodia sobre el mismo, se ha tipificado expresamente en la reforma operada por la LO 9/2002 como delito de «sustracción de menores» en el art. 225 bis (cfr. *supra* capítulo XIII).

DESÓRDENES PÚBLICOS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público,* PJ 1989; el mismo, *Responsabilidad penal en la ocupación y desvío de un buque por un conjunto de trabajadores en un acto de reivindicación laboral,* La Ley 1990; MAPELLI/ ASENCIO, *La ocupación colectiva de la vía pública,* PJ 1988; MUERZA ESPARZA, *La alteración de la paz pública en el delito de los desórdenes públicos: ¿un nuevo significado?,* PJ 1988; MUÑOZ CONDE, *Delitos electorales. (Breve glosa y comentario al Título VIII del Real Decreto-Ley 20/1997, de 18 de marzo, sobre Normas electorales),* CPC 1977; PUIG PEÑA, *Desórdenes públicos,* NEJ VII, 1955.

Sobre el Código penal de 1995: TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos del art. 560 del Código penal. Daños en telecomunicaciones, vías férreas y determinados servicios públicos,* La Ley 1998; el mismo, *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español,* Madrid 2001.

El Capítulo III acoge bajo la rúbrica general «De los desórdenes públicos» una serie de tipos delictivos directamente relacionados con el orden público, entendido en el sentido de tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana. Así, por ejemplo, dice la STS de 1 de febrero de 1972 que «desorden, en sentido penal, es la alteración del ritmo normal de la vida ciudadana, que perturba el desenvolvimiento práctico de las actividades públicas». Esta definición puede ser común a otros delitos examinados anteriormente; pero en este caso el carácter de paz o tranquilidad de la vida pública es por lo menos más evidente que en los atentados, resistencia y desobediencia, y exige su demostración en el caso concreto.

Para TORRES FERNÁNDEZ (2001, pp. 82 ss.), el orden público equivale a la normalidad en el ejercicio de los derechos fundamentales en sus manifestaciones colectivas y públicas, citando expresamente los derechos de reunión y manifestación, de huelga, de libre circulación y las exteriorizaciones colectivas de la libertad religiosa e ideológica (cfr. también STC 37/1998, de 17 de febrero: el orden público como límite a la actuación de los piquetes informativos de huelguistas).

Los distintos tipos delictivos pueden clasificarse en:

A) DESORDEN GRAVE

En este grupo pueden incluirse los arts. 557 a 559. Común a estos tipos delictivos es el carácter *grave* del desorden. La gravedad es el

criterio que sirve para diferenciar estos delitos de la falta tipificada en el art. 633. Dicho criterio es puramente cuantitativo. Lo cual quiere decir que la perturbación del orden para ser delito debe ser trascendente y revestir cierta entidad. Se trata, pues, de un elemento normativo que requiere una valoración del Juez o Tribunal en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso.

a) Art. 557,1: «Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código».

Este precepto está ideado para tipificar expresamente las acciones de comandos o pequeños grupos de personas que se reúnen en algún punto concreto para realizar rápidamente alteraciones de orden público a través de la comisión de delitos de lesiones a las personas, daños a la propiedad (romper escaparates, volcar coches, etc.), u obstaculizando la vía pública o impidiendo el acceso a la misma con peligro para los que en ella circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, desapareciendo después (cfr. SSTS 16 abril 1974, 16 febrero 1975). Cuando existe un concierto para dichas acciones y éstas no llegan a realizarse cabe apreciar la tentativa, que podrá demostrarse por el hecho de encontrarse un grupo de personas en actitud provocadora en la vía pública, con los rostros tapados, esgrimiendo instrumentos peligrosos, siempre que no se hayan llegado a producir los resultados citados en el precepto (cfr. STS 17 mayo 1975, que al amparo de la anterior regulación admitía la conspiración; sobre la alteración de la paz pública véanse SSTS 25 febrero y 30 abril 1987 con comentarios de Muerza y de Mapelli/ Asencio. Sobre la ocupación de un buque cfr. STS 12 febrero 1990 y el comentario a la misma de Díaz y García, 1990. Cfr. también STS 21 diciembre 1987: acercar un objeto hacia una barricada; y Torres Fernández, 2001, p. 298).

Nos encontramos, pues, aquí con un *delito de convergencia*, de estructura similar a la rebelión y la sedición, lo que puede dar lugar a los mismos problemas de imputación a varias personas, tanto respecto a los desórdenes públicos mismos, como respecto a los delitos singulares que en relación con los desórdenes se cometan. Si cabe el concurso con los delitos singulares a que dé lugar la alteración del orden público, tal como se desprende de la expresión «sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código» (cfr. arts. 147 a 156, 203, 263 a 267, 382), el problema consiste muchas veces en saber qué criterios hay que utilizar para imputar estos delitos singulares a las personas integrantes del grupo o comando. Una visión de la autoría fijada exclusivamente en la ejecución de los actos puede hacer perder de vista que muchas veces las acciones concretas se llevan a cabo en realización de un plan común conforme al cual los miembros del comando se reparten funciones tales como romper farolas y cabinas telefónicas, incendiar locales o contenedores o arrojar piedras o cócteles molotov contra las Fuerzas de orden público, siendo difícil identificar al autor concreto de cada una de estas acciones. Sin perjuicio de apreciar la presunción de inocencia cuando no se pueda probar la intervención directa en estas acciones, tampoco hay que olvidar que el dominio funcional del hecho y la utilización de menores para la realización de estos hechos puede permitir atribuir las acciones delictivas concretas realizadas por estos a las personas que están detrás y controlan el suceso hasta en sus menores detalles. Naturalmente, esto es un problema de prueba, pero no se debe negar esta posibilidad de coautoría o de coautoría mediata de un modo absoluto. Como tampoco se puede atribuir automáticamente la autoría de los delitos concretos que alguno de los miembros del comando haya realizado a todos los demás por el hecho mismo de la pertenencia al grupo o de tener alguna función directora del mismo, sin mayores pruebas de efectivo dominio funcional del hecho, cooperación necesaria, inducción o complicidad (cfr. STS 25 enero 1990).

Aunque en el *tipo subjetivo* se exige un especial elemento subjetivo («el fin de atentar contra la paz pública»), éste debe entenderse coincidente con el dolo del desorden público.

b) Art. 557,2: «Se impondrá la pena superior en grado a las previstas en el apartado precedente a los autores de los actos allí citados cuando éstos se produjeren con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas. Con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos alteren el orden público mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta».

La violencia creciente en algunos espectáculos deportivos (especialmente los futbolísticos) ha llevado en la reforma de 25 de noviembre de 2003 a añadir este apartado 2 al art. 557. La agravación tiene un efecto disuasorio dudoso. Mayor efecto preventivo puede tener la

«pena», que también se introduce en el art. 558 (véase *infra*), «de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta», que puede imponerse junto con la pena de prisión agravada (pena superior en grado a la prevista en el art. 557,1).

La primera modalidad contenida en este artículo es una cualificación del delito previsto en el art. 557,1, cuando las lesiones, daños, obstaculización o invasión allí previstas se produzcan «con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas». La segunda modalidad, sin embargo, referida a la alteración del orden público en los recintos donde se celebren dichos eventos que provoque o pueda provocar avalanchas u otras reacciones similares que pongan en peligro a los asistentes, es más bien una cualificación de la conducta prevista en el art. 558. En cualquier caso, el desorden leve se castiga como falta en el art. 633 «con las penas de localización permanente de dos a 12 días y multa de 10 a 30 días».

> c) Art. 558: «Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta».

Con la acción descrita en este precepto se trata de alterar el orden de un modo grave, siendo el sujeto activo consciente de ello.

Los lugares que se mencionan expresamente son, en principio, lugares oficiales (tribunal, colegio electoral, establecimiento público) en los que el orden es necesario para el desenvolvimiento normal de las actividades que allí se celebran. A ellos se equiparan otros lugares que normalmente sirven de lugar de reunión y a los que suelen concurrir gran cantidad de personas (por ej., plazas de toros, estadios de fútbol, etc.). Respecto al desorden en un colegio electoral, el art. 147 de la Ley de Régimen Electoral contiene una disposición específica que, en principio, es de preferente aplicación (véase *supra* capítulo XXXVI: excurso II). Cuando estos hechos tengan lugar en una corporación local y causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas será

aplicable el art. 505, introducido por la LO 7/2000, de 22 de diciembre (cfr. *supra* capítulo XXXIV).

> La especial protección que se concede a los *centros docentes* tenía en la época en que fue introducida en el Código penal anterior una evidente intención represora de los movimientos y protestas estudiantiles tan en boga en los años sesenta y que además en España tenían casi siempre un carácter de protesta contra la dictadura franquista. Ahora, desprovista, en principio, de aquella finalidad de represión de las protestas estudiantiles, debe interpretarse en relación con lo que puede entenderse por *orden* en el ámbito académico. Perturbar la normal actividad académica supone primero establecer qué se entiende por normalidad académica. En una situación de anormalidad política y social en un país es lógico que esa anormalidad trascendiera de algún modo a la Universidad. Así durante muchos años la propaganda y actividades de los partidos políticos prohibidos, que eran todos, sólo se pudo realizar en ámbitos académicos. Sin embargo, la jurisprudencia consideró que la exposición de banderas u otros símbolos era constitutiva de este delito (STS 31 mayo 1969). Igualmente se consideró desórdenes públicos la participación en asambleas estudiantiles no autorizadas (STS 25 octubre 1972). La libertad de enseñanza no se perturba sino por la prohibición al profesor de exponer libremente sus ideas y conocimientos o interrumpiendo las clases y obligando a desalojarlas, no por intentar hacer una clase dialogada o criticar la labor docente, o por criticar la actuación de la autoridad académica, pedir su dimisión, etc. (véanse, sin embargo, SSTS 4 junio 1970, 21 junio 1971). En todo caso, la alteración debe llevarse a cabo *dentro* del centro docente y ha de ser, como en todos los artículos de este apartado, un *desorden grave*. Cuando el desorden no sea grave podrá aplicarse la falta del art. 633.

La gravedad de la «perturbación del orden» debe entenderse en relación con el contexto en que se produzca la acción. Así, por ejemplo, no es lo mismo gritar desde las gradas de un estadio de fútbol que en la sede de un tribunal. Tampoco expresiones de desaprobación, murmullos, etc., deben considerarse como desórdenes. Además debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, en la celebración de juicios, el Presidente del tribunal o el juez tienen facultades disciplinarias, o pueden mandar despejar la sala (véanse, por ej., arts. 684 y 687 LECrim.); igual ocurre con las sanciones disciplinarias en el ámbito académico, que pueden ser suficientes para restablecer el orden. En relación con la regulación anterior, la STS de 23 de febrero de 1971 exigió que los gritos y demás actos provocadores fueran idóneos para alterar el orden público y fueran acompañados además de tal finalidad. Sin embargo, la STS de 26 de abril de 1971 consideró desorden público el cantar, no sabemos si mal o bien, la primera estrofa de «La Internacional» en un bar a altas horas de la madrugada.

d) Art. 559: «Los que perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos, serán castigados con las penas de multa de tres a doce meses y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a seis años».

En este caso, además de la perturbación grave del orden público se exige un elemento subjetivo específico: la intención de impedir a alguien el ejercicio de sus derechos cívicos. Por «derecho cívico» debe entenderse cualquiera de los derechos de carácter político reconocidos en las leyes, fundamentalmente los electorales, pero también los de reunión, asociación, huelga, etc. No es necesario que se consigan estos fines para consumar el delito.

B) CAUSACIÓN DE DAÑOS EN TELECOMUNICACIONES, VÍAS FÉRREAS Y SUMINISTROS PÚBLICOS

Art. 560: «1. Los que causaren daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal, serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años.
2. En la misma pena incurrirán los que causen daños en vías férreas u originen un grave daño para la circulación ferroviaria de alguna de las formas previstas en el artículo 382.
3. Igual pena se impondrá a los que dañen las conducciones o transmisiones de agua, gas o electricidad para las poblaciones, interrumpiendo o alterando gravemente el suministro o servicio».

Más que de un delito de desórdenes públicos se trata de un delito de daños, pero por la particularidad de los objetos sobre los que recae y la posibilidad de que puedan provocar algún tipo de desorden en la vida colectiva se incluyen en este Capítulo. Sin embargo, la LO 7/2000, de 22 de diciembre, ha dejado prácticamente sin contenido este precepto, al incluir expresamente una referencia al mismo en el apartado 3 del art. 266 y castigar los hechos que aquí se mencionan con la pena allí prevista para los daños cualificados (prisión de cuatro a ocho años) cuando se dan las circunstancias mencionadas en el apartado 1 de dicho art. 266, es decir, se cometan «mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas». Por tanto, el art. 560 sólo será aplicable cuando no se den esas circunstancias.

En el supuesto del apartado 3, el objeto material (agua, gas, electricidad) debe estar destinado al servicio público («para las poblaciones»), y la consumación exige que se interrumpa o altere el suministro o servicio, aunque cabe la tentativa.

C) ALARMAS INFUNDADAS

Art. 561: «El que, con ánimo de atentar contra la paz pública, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto, o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses, atendida la alarma o alteración del orden efectivamente producida».

Aunque la finalidad de alterar la paz pública justifica ya de por sí la inclusión de este precepto entre los desórdenes públicos, la dificultad de la inclusión de esta conducta en los tipos delictivos contenidos en los artículos anteriores obliga a su tipificación expresa. La «falsa alarma» de bomba, incendio, etc., es una forma grave de alteración de la paz pública, creando pánico en la población y alterando el normal funcionamiento de servicios públicos, instituciones, etc. Así, por ejemplo, se consigue suspender un examen, un juicio, etc. Naturalmente, si la alarma es fundada (la bomba de cuya explosión se avisa ha sido efectivamente colocada) no se da este delito, que obviamente requiere que se trate de una alarma falsa («falsamente»). La acción no tiene necesariamente que realizarse de forma anónima (por ej., mediante llamada telefónica), también cabe que el sujeto denuncie falsamente, pero identificándose. La finalidad jocosa, bromas, etc., no excluye la imputación del tipo a título de dolo, bastando con que el sujeto tenga conciencia de la alarma pública que crea (de otra opinión, Miranda, en Serrano Butragueño, Comentarios, p. 1939; García Albero, en Quintero, Comentarios, p. 2195; Torres Fernández, 2001, p. 248).

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha incluido la mención de las sustancias químicas, biológicas o tóxicas y modificado la pena de multa.

DISPOSICIÓN COMÚN

En el Capítulo IV, como disposición común a los Capítulos anteriores, el art. 562 dispone:

«En el caso de hallarse constituido en autoridad el que cometa cualquiera de los delitos expresados en los capítulos anteriores de este Título, la pena de inhabilitación que estuviese prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de diez a quince años, salvo que dicha circunstancia esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate».

CAPÍTULO XXXVIII

Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Delitos de terrorismo

El Capítulo V del Titulo XXII trata «De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo». Con esta sistematización el Código penal de 1995 vuelve a la regulación originaria del Código penal de 1973 tratando conjuntamente en un mismo Capítulo estos delitos (cfr. MUÑOZ CONDE, 2ª ed., pp. 609 ss.), que, como seguidamente veremos, pueden estar relacionados, pero que, en principio, tienen su propio ámbito de aplicación. El Capítulo se divide en dos Secciones, dedicadas respectivamente a la tenencia, tráfico y depósito de armas y a los delitos de terrorismo.

TENENCIA, TRÁFICO Y DEPÓSITO DE ARMAS, MUNICIONES O EXPLOSIVOS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* DEL ROSAL, *De la persona y la cosa en el Ordenamiento jurídico-penal español. Proceso de «codificación» de las figuras penales (Tenencia ilícita de armas)*, en Cosas de Derecho penal, Madrid 1973; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid 1987; el mismo, *Concurso de delitos o delito único: la pluralidad de armas de fuego en el delito de tenencia*, PJ 1987; FLETCHER, *En defensa propia*, trad. de Muñoz Conde y Rodríguez Marín, Valencia 1993; PUIG PEÑA, *Depósito de armas o municiones*, NEJ VI, 1954; SAINZ CANTERO, *El delito de tenencia ilícita de armas*, RGLJ 1964; SALOM ESCRIVÁ, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, RJCat. 1985.

Sobre el Código penal de 1995: CORTÉS BECHIARELLI, *Normas penales en blanco y objeto material del delito de tenencia ilícita de armas prohibidas*, El Derecho 2001; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta nº 14/1997, 16 de diciembre, acerca de algunas cuestiones relativas al alcance típico del delito de tenencia de armas*, AP 1998; PIEDRABUENA LEÓN, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el Código penal*, La Ley 1997 (también en AP 1997).

Dejando aparte precedentes remotos, la tenencia de armas de fuego es un delito de tardía aparición en nuestro Ordenamiento penal. En el Código de 1870 era sólo constitutiva de falta y fue el Código de 1928

el primero en tipificarla como delito, siguiendo los precedentes de la Ley de 2 de agosto de 1921 y el Real Decreto de 13 de abril de 1924. También la II República tuvo una severa legislación al respecto que culminó en la Ley de 22 de noviembre de 1934. Tras la Guerra Civil, la Ley de Seguridad del Estado en esta materia también fue incorporada al Código de 1944.

En esta evolución legislativa se refleja una creciente severidad que continúa el Código de 1995. El interés represivo del Estado en esta materia tiene origen político, en cuanto se priva de este modo al ciudadano de un medio eficaz para atacar al poder o resistirlo y en cuanto le permite control de medios peligrosos y violentos como son las armas de fuego; es una manera de reducir la criminalidad violenta de grandes proporciones y asegurar la tranquilidad pública. Frente a este interés estatal está el del ciudadano en servirse de las armas de fuego como medio de defensa personal, derecho que se encuentra consagrado en algunos países incluso a nivel constitucional. En nuestro Ordenamiento jurídico prima el interés estatal o político sobre los particulares como lo demuestran el hecho de la colocación sistemática de este delito entre los delitos contra el orden público, la severidad de las penas y el que el art. 565 sólo autorice a *rebajar estas penas en un grado* «siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos».

Su naturaleza es afín a la de los delitos de *peligro abstracto*, por cuanto, aun siendo los intereses citados los que han motivado su tipificación como delito, no es necesaria ni su lesión efectiva ni su puesta en peligro en el caso concreto (en este sentido SAINZ CANTERO, p. 594; DÍAZ-MAROTO, Madrid 1987, p. 97; STS 25 marzo 1986; véanse también las interesantes consideraciones al respecto en FLETCHER, pp. 135 ss.).

Para su estudio distinguiremos entre:

A) TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS

a) Tipo básico

> Art. 563: «La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años».

Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquiera, incluso aquellas personas pertenecientes a Fuerzas Armadas o autorizadas para llevar armas que las tengan o utilicen sin cumplir los pertinentes requisitos administrativos (respecto al personal del Ejército, el art. 88 del Reglamento de Armas y Explosivos exige la guía de pertenencia).

La conducta típica, «tenencia», puede realizarse tanto cuando se lleva el arma fuera del propio domicilio (*porte*), como cuando se posee dentro del mismo (*tenencia en sentido estricto*). Tanto en un caso como en otro se trata de un delito de acción o comisión activa, pues su esencia consiste en el acto positivo de tener o portar el arma y no en la omisión del acto de sacar la guía o licencia oportunas cuando se posee un arma de fuego (SAINZ CANTERO, p. 593). No es necesario, sin embargo, que se llegue a ocupar el arma por parte de la autoridad, bastando que se acredite la tenencia o porte ilícitos (véase STS 9 julio 1956; cfr. DEL ROSAL, p. 516).

La *tenencia* debe ir acompañada del *animus rem sibi habendi* y de la *disponibilidad* del arma, siendo indiferente que el sujeto la lleve sobre su persona o en el vehículo donde viaja, o la tenga en su domicilio o en cualquier otro lugar de donde la pueda coger cuando quiera (doctrina dominante, véase, por todos, DÍAZ-MAROTO, Madrid 1987, pp. 76 ss.; también SSTS 24 febrero 1982 y 8 octubre 1984, y CÓRDOBA III, p. 624).

El objeto material es el *arma prohibida y la que sea el resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas*. Armas prohibidas son aquéllas cuya tenencia en ningún caso puede ser autorizada; mientras que armas reglamentadas son las que pueden tenerse, cumpliendo determinados requisitos. Para saber lo que se entiende por tales hay que acudir al Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas, modificado parcialmente por el Real Decreto 540/1994, de 25 de marzo, y por el Real Decreto 316/2000, de 3 de marzo, y demás legislación complementaria; allí se contiene un extenso catálogo de las armas cuya tenencia se prohíbe o requiere de permisos especiales: determinadas armas de fuego, las armas blancas (puñales, navajas automáticas), defensas de plomo, etc. Además de esta normativa extrapenal, que fundamentalmente se refiere a las armas de fuego, el Tribunal Supremo ha ido elaborando una jurisprudencia respecto a las armas blancas; así, por ejemplo, la STS de 22 de enero de 2001 ab-

suelve a quien portaba una espada japonesa de samurai o catana (véase comentario a la misma de CORTÉS BECHIARELLI). La distinta peligrosidad del arma determina, como veremos después, distinta penalidad para su tenencia (cfr. art. 564). Naturalmente, también constituye delito la tenencia de armas reglamentadas cuando se han modificado sustancialmente sus características (sobre las escopetas con cañones recortados cfr. SSTS 5 y 15 febrero 1982; CÓRDOBA III, p. 641). En principio, no se incluye en este delito la tenencia de armas de finalidad deportiva cuyo poseedor se halle provisto de autorización especial (véase STS 16 abril 1974). Tampoco son subsumibles en el art. 563 las armas de guerra (ametralladoras, pistolas, fusiles ametralladores, bombas de mano, etc.), pues, aun cuando se trate de una sola arma, su tenencia constituye depósito (art. 567,1; cfr. *infra*). En caso de arma de fuego, lo importante es que el arma sea idónea para disparar, aunque momentáneamente esté descargada o desmontada. La tenencia de un arma constituye ya el delito previsto en el art. 563.

La licitud de la tenencia depende también del lugar donde se encuentra el arma. Para la tenencia en el propio domicilio es suficiente con la guía de pertenencia, para el porte se precisa la guía y una licencia especial. Por *domicilio* debe entenderse la morada o casa donde el sujeto se hospeda habitualmente. El Reglamento de Armas determina la procedencia y competencia para dichas autorizaciones (Guardia Civil, Dirección General de Seguridad, etc.). El art. 563 es, por tanto, en este sentido, una *norma penal en blanco* (cfr. DÍAZ MAROTO, Madrid 1987, pp. 126 ss.).

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo, al que debe ir unido el ánimo de poseer el arma para sí, no para otro.

Causas de justificación

El interés político o social no puede excluir la vigencia de los principios generales de las causas de justificación. Si el sujeto utiliza el arma de fuego para defenderse de una agresión ilegítima o evitar un mal grave para sí o para otra persona cabe apreciar la legítima defensa o el estado de necesidad, siempre que se den los requisitos de estas causas de justificación. El artículo 563 no deroga las causas de justificación (véanse DEL ROSAL, p. 546; y STS 25 noviembre 1985). Cabe, sin embargo, que, al ser el delito de tenencia de armas un delito permanente, se pueda castigar por este delito aunque la *utilización del arma* en el caso concreto pueda estar justificada (el que tiene ilegalmente un arma de fuego la utiliza un día para defenderse hiriendo o matando a alguien en legítima defensa, véase FLETCHER, pp. 137 s.).

Culpabilidad

Igual que en cualquier otro delito es necesario que el sujeto tenga un conocimiento, siquiera potencial, de la antijuricidad o ilicitud de la tenencia. Por eso, el error de prohibición invencible excluye totalmente la culpabilidad (véanse SSTS 29 noviembre y 15 diciembre 1975; aparentemente en contra STS 31 octubre 1975). Sin embargo, a veces el error sobre extremos puramente administrativos, como la clase de licencia que requiere una determinada arma, la ignorancia de que una vieja pistola familiar requiera de esa licencia, etc., incide ya de lleno en la configuración de la tipicidad del hecho y debe ser tratada como error de tipo, conforme a lo dispuesto en el art. 14,1. La diferencia es importante, porque de tratarse de este último supuesto el error vencible determina la impunidad, al no ser punible la comisión imprudente de este delito.

Concurso

Cabe el concurso entre la tenencia ilícita de armas y los delitos contra las personas (homicidio, lesiones, amenazas, robo). La tenencia de diversas armas de fuego, cuando no constituye depósito (véase *infra*), debe estimarse como un concurso ideal de delitos (cfr. STS 27 mayo 1986 y el comentario de DÍAZ-MAROTO, PJ 1987).

b) Otros tipos

Según el art. 564:

> «1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada:
> 1º. Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas.
> 2º. Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas.

2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
1ª. Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados.
2ª. Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español.
3ª. Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales».

B) FABRICACIÓN, TRÁFICO O ESTABLECIMIENTO DE DEPÓSITO DE ARMAS O MUNICIONES

Artículo 566: «1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados:
1º. Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas o biológicas con la pena de prisión de cinco a 10 años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.
2º. Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación.
3º. Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas o biológicas.
2. Las penas contempladas en el punto 1º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o biológicas o inicien preparativos militares para su empleo».

Para interpretar este precepto y entender las diferencias que en él se contienen hay que tener en cuenta las definiciones que da el art. 567 (modificado, como el art. 566, por LO 2/2000, de 7 de enero y LO 15/2003, de 25 de noviembre):

a) Según el art. 567,1 se considera *depósito de armas de guerra* la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera *depósito de armas químicas o biológicas* la fabricación, comercialización o tenencia de las mismas. A estos efectos, el párrafo 2º del art. 567,1 establece que el depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta, y el art. 567,2 considera *armas de guerra* las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional. Se consideran *armas químicas o biológicas* las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte. Por *desarrollo de armas químicas o biológicas* se entiende, por otro lado (art. 567,2, párrafo 2º), «cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o biológica o la modificación de una preexistente».

b) Respecto a las *armas de fuego reglamentadas*, el apartado 3 del art. 567 considera *depósito* «la fabricación, comercialización o reunión de cinco o más de dichas armas, aun cuando se hallen en piezas desmontadas».

c) Respecto a las *municiones*, el apartado 4 del art. 567 dispone que «los Jueces y Tribunales, teniendo en cuenta la cantidad y clase de las mismas, declararán si constituyen depósito a los efectos de este capítulo».

Para determinar la responsabilidad de los que cometan estos delitos, el art. 566 distingue entre los «promotores y organizadores» y los «que hubieren cooperado a su formación» (es decir, a la del depósito). Los primeros son los que patrocinan o tienen a su cargo la formación del depósito mismo, mientras que los segundos serían simplemente los que aportan armas, custodian el depósito, etc. La responsabilidad de los primeros es siempre más grave que la de los segundos.

C) TENENCIA DE EXPLOSIVOS

Artículo 568: «La tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte, o suministro de cualquier forma, no autorizado por las Leyes o la autoridad competente, serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años, si se trata de sus promotores y organizadores, y con la pena de prisión de tres a cinco años para los que hayan cooperado a su formación».

En el *tipo objetivo*, la acción se constituye ya con la simple tenencia material, sin que sea preciso que esa tenencia adopte forma de depósito, al que, en todo caso, se equipara la tenencia. Sin embargo, es lógico que se exija una cierta cantidad de las sustancias o aparatos cuya tenencia se prohíbe, ya que sólo aquellas cantidades potencialmente peligrosas pueden constituir el objeto del delito. Igualmente debe exigirse la peligrosidad del objeto mismo, que ha de tener las características señaladas en el tipo («explosivos, inflamables, incen-

diarios o asfixiantes»), con lo que pueden surgir algunas lagunas (por ej., no se comprenden en las cuatro categorías citadas en el art. 568 ni los gases lacrimógenos, ni las sustancias tóxicas, cuya tenencia, fabricación o suministro habrá que incluir entre los delitos contra la salud pública, arts. 359 y ss.). Las modalidades de fabricación, transporte o tráfico deben cumplir también las cualidades citadas.

Aunque no se diga expresamente en el art. 568, en el *tipo subjetivo* habrá que exigir un «propósito delictivo» común a todas las modalidades típicas, no bastando sólo la falta de autorización administrativa para elevar a categoría de delito lo que sin ese propósito sería una simple infracción administrativa o un delito contra la salud pública del art. 359.

Penalidad

La reforma introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el art. 570, que queda redactado como sigue:

> «1. En los casos previstos en este capítulo se podrá imponer la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta.
> 2. Igualmente, si el delincuente estuviera autorizado para fabricar o traficar con alguna o algunas de las sustancias, armas y municiones mencionadas en el mismo, sufrirá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para el ejercicio de su industria o comercio por tiempo de 12 a 20 años».

Por su parte, el art. 569 establece que «los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo, determinarán la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución».

DELITOS DE TERRORISMO

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo*, CPC 1981; el mismo, *Terrorismo y Sistema Penal*, en Reforma política y Derecho, Madrid 1985; BAEZA AVELLONE, *Los delitos de terrorismo en las Leyes 56/1978 y 82/1978*, en Escritos Penales, Valencia 1978; BARBERO SANTOS, *Los delitos de bandolerismo militar y terrorismo regulados por el decreto de 21 septiembre 1960*, en Estudios de Derecho penal y Criminología, Valladolid 1972; el mismo, *El bandolerismo en la legislación vigente*, en Estudios de Derecho penal y Criminología, Valladolid 1972; BELLOCH JULBE, *Libertad de expresión y violencia. La apología*, en La libertad de expresión y el Derecho penal, CDJ 1993; BUENO ARÚS, *Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo*, Madrid 1984; el mismo, *Principios generales de la legislación antiterrorista*, RFDUC monográfico 11, 1986; el mismo, *La violencia organizada: Etiología*, AP 1990; CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid 1995; DE DIOS VIÉTEZ/ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Resarcimiento por el Estado de los daños que originan los delitos de terrorismo (I y II)*, AP 1987; DE SOLA DUEÑAS, *Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, DJ 1983; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *La apología específica del art. 268*, CPC 1987; FERNÁNDEZ PALMA, *El terrorista arrepentido en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994*, CPC 1995; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona 1977; GARCÍA VALDÉS, *El delito político*, Madrid 1976; el mismo, *La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas*, RFDUC monográfico 6, 1983 (también en ADP 1984); el mismo, *Un Proyecto de nuevo Código Penal: dos estudios de parte especial*, Madrid 1992; GARZÓN REAL, *La nueva legislación antiterrorista*, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; GIMENO SENDRA, *Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista*, DJ 1983; GÓMEZ CALERO, *Los delitos de terrorismo en el Código de Justicia Militar*, RGLJ 1972; GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, *Legislación antiterrorista y derechos humanos*, AP 1989; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985; el mismo, *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*, ADP 1989; el mismo, *Sobre el concepto de terrorismo*, ADP 1993; el mismo, *La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?*, JD 1993; MAQUEDA ABREU, *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, PJ 1987; MESTRE DELGADO, *Terrorismo y Audiencia Nacional*, Madrid 1987; MIRA BENAVENT, *El caso del diario «Egin»: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, ADP 1987; MUÑOZ CONDE, *Apéndice a la 6ª ed. de Derecho Penal, Parte Especial*, Sevilla 1985; SERRANO GÓMEZ, *El terrorismo en el Derecho español*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona 1989; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, Madrid 1988; VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas (Comentarios a la STS de 5 de diciembre de 1994)*, AP 1995; VARIOS, *La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, Comentarios a la legislación penal XI, Madrid 1990; VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, Barcelona 1991; el mismo, *Terrorismo y reinserción social en España*, La Ley 1994.

Sobre el Código penal de 1995: ASÚA BATARRITA, *Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (Comentario a la sentencia de 29 de noviembre de la Sala Penal del Tribunal Supremo)*, La Ley 1998; BERNAL DEL CASTILLO, *Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código penal*

en materia de terrorismo, La Ley, 2001; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia 1997; el mismo, *El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores*, La Ley 2001; DE PRADA SOLAESA, *Delitos relacionados con el terrorismo en el Código penal de 1995*, JD 1996; FERNÁNDEZ GARCÍA Y OTROS, *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional*, Barcelona 1998; FIGUEIREDO DIAS, *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el «dominio de la organización»*, en Ferré Olivé/ Anarte Borrallo (coord.), Delincuencia organizada, Huelva 1999; GALIARDO LÓPEZ, *Consideraciones en torno a la STS 2/1997*, RCP 1998; GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, *Terrorismo y tipificación penal*, AP 2000; JAIME-JIMÉNEZ, *Legislación antiterrorista y agencias estatales de seguridad: un análisis preliminar de la experiencia española, 1960-1996*, RDPC 1996; LAMARCA PÉREZ, *Análisis de los proyectos en materia de terrorismo*, en Zúñiga Rodríguez/ Méndez Rodríguez/ Diego Díaz-Santos (coord.), Derecho penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías Madrid 2001; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Apología del terrorismo*, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; MANZANARES SAMANIEGO, *Reformas penales en materia de terrorismo*, AP 2000; MARTÍNEZ-CARDÓS, *El terrorismo: aproximación al concepto*, AP 1998; MUÑOZ CONDE, *Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada*, en La criminalidad organizada ante la Justicia, en Gutiérrez Alviz (edit.), Sevilla 1996; el mismo, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Lección inaugural Curso 1998/1999, Universidad «Pablo de Olavide», Sevilla 1998; el mismo, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en Ferré Olivé/ Anarte Borrallo (coord.), Delincuencia organizada, Huelva 1999; el mismo, *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*, RP 2002; PÉREZ YÁÑEZ, *Las figuras premiales y los fines de la pena en los delitos de terrorismo*, RCP 1998; PORTILLA CONTRERAS, *Terrorismo de Estado: Los grupos antiterroristas de liberación (G.A.L.)*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; RAMOS VÁZQUEZ, *Terrorismo e intervención penal*, RCP 2002; ROXIN, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en Ferré Olivé/ Anarte Borrallo (coord.), Delincuencia organizada, Huelva 1999; VERCHER NOGUERA, *Terrorismo y reinserción social. Nuevas perspectivas*, La Ley 1996; ZAMARRO PARRA, *Política penitenciaria española y terrorismo*, RCP 1998.

Se regulan en la Sección segunda del Capítulo V, arts. 571 a 580, ambos inclusive. Con la regulación en el seno del Código penal de los «delitos de terrorismo» se continúa la línea iniciada con las Leyes 3/1988 de reforma del Código penal y 4/1988 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ambas de 25 de mayo, que rompieron con el carácter de ley especial que tenía la regulación anterior a esta fecha,

reincorporando las normas de carácter jurídico-material en el Código penal y las de carácter procesal en la Ley de Enjuiciamiento criminal (cfr. Ley 4/1984, de 26 de diciembre, y el comentario a la misma en Apéndice a la 6ª ed. de este manual).

Con ello no hace sino confirmarse que, como dice TERRADILLOS BASOCO (p. 13), «el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianeidad y concebida por el poder como un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente con instrumentos transitorios». Se trata, pues, de una forma más de criminalidad organizada, aunque con una finalidad política (o, como después se verá, de alterar la paz pública) que la hace más peligrosa y difícil de controlar penalmente. En efecto, esta clase de criminalidad se caracteriza por una gran disponibilidad de diversos medios financieros destinados a sufragar las actividades ilícitas que la organización realiza no sólo dentro del ámbito nacional, sino también a nivel internacional; precisamente a través de estas actividades la organización va a obtener grandes beneficios que, utilizados en parte, permiten la continuidad y el mantenimiento de la propia organización y de sus actos. Las características anteriores son íntegramente predicables de la que podemos denominar «criminalidad organizada económica», entre la que encontramos el narcotráfico, las redes de prostitución, el tráfico ilegal de armas, etc. Sin embargo, estas características parecen estar menos relacionadas con el terrorismo, donde priman sobre la finalidad de obtención de beneficios económicos otros móviles de carácter predominantemente político. No obstante, con independencia de las particularidades propias de cada una de las distintas clases de organizaciones criminales, existen unas cuestiones o problemas comunes a todas ellas que en ocasiones hacen que el Derecho, concretamente el Derecho penal y el Derecho procesal penal, se tengan que enfrentar con situaciones en las que los principios generales no encuentren una clara y eficaz aplicación en orden a su solución. En materia de terrorismo se produce constantemente un reto para el Derecho: conseguir un punto de equilibrio entre el respeto a los principios sobre los que se construye el Estado de Derecho y una eficaz respuesta a este fenómeno. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que frente al terrorismo contra el Estado hay también un «terrorismo desde el Estado», que a veces utiliza, en la «guerra sucia» contra el otro terrorismo, medios violentos como asesinatos o secuestros, que igualmente deben ser castigados aplicando los preceptos que vamos a explicar seguidamente.

El concepto de terrorismo

Aunque no hay todavía un concepto jurídico de terrorismo unánimemente aceptado, la utilización del término tanto en la rúbrica de la sección del Capítulo V, como en otros artículos del Código penal y en el art. 13,3 de la Constitución, obliga a elaborarlo para delimitar el ámbito de aplicación de estos delitos, que, como después veremos, ofrecen unas particularidades que los distinguen de otros. Doctrinalmente, se destacan una serie de notas características del fenómeno terrorista que pueden servir para su conceptuación jurídica. Así, por ejemplo, unos señalan, desde el punto de vista sociológico, que se trata de una modalidad de delincuencia *violenta*; otros aluden al *carácter organizado* de este tipo de delincuencia; y, finalmente, la mayoría está de acuerdo en exigir un elemento teleológico o *finalidad política*, consistente en un afán por desestabilizar el sistema democrático y las bases sobre el que éste se asienta.

Aunque todas estas características son, sin duda, detectables en el fenómeno terrorista, el concepto dogmático de terrorismo debe deducirse, sin embargo, de la regulación que de esta materia ofrece el Código penal de 1995, cuya novedad más importante es que establece de modo expreso que la banda armada, organización o grupo terrorista, o el terrorista individual que no pertenece a estos grupos, debe perseguir la finalidad de «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública» (cfr. por ej. arts. 571 y 577). De este modo, se acoge una interpretación que ya se propuso en su día (cfr. MUÑOZ CONDE, 6ª ed., p. 752) en relación con la legislación antiterrorista vigente en aquel momento, según la cual lo verdaderamente importante no es ya la existencia de la organización, banda armada o grupo, sino la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, que también sirve para calificar de terrorismo el comportamiento individual descrito en el art. 577. Al incluirse, además, dentro de esta finalidad la alteración de la paz pública, se elimina, en parte, de esta materia la connotación de «delincuencia política» que a veces se le atribuye y que, en todo caso, es negada por el art. 13,3 de la Constitución al excluirlo del principio de la no extradición que rige para el delito político (para más detalles, véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 6ª ed., p. 166). Naturalmente, tampoco queda excluido del concepto de terrorismo el que se lleva a cabo desde instituciones estatales o «terrorismo de Estado», pues los graves delitos que se pueden cometer en este caso también «subvierten el orden constitucional» y, por supuesto, «alteran gravemente la paz pública».

Sobre el GAL, grupo parapolicial que en los años 80 practicó la «lucha sucia» contra ETA, y su conceptuación como grupo terrorista, véase PORTILLA CONTRERAS, pp. 500 ss.; en contra de esta posibilidad SSTS 12 marzo 1992 y 29 julio 1998. Sin embargo, el concepto dogmático de terrorismo dista mucho de ser pacífico, como lo demuestra el Auto del TS de 28 de mayo de 2002, al negar que, a los efectos de aplicación extraterritorial de la ley penal española, se pueda considerar como tal el enaltecimiento o conductas de mera apología, véase *infra*.

TIPOS LEGALES

El Código penal de 1995 ha roto con la sistemática del Código penal anterior a la hora de tipificar los «delitos de terrorismo». Por un lado, tipifica «las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas» como asociaciones ilícitas en los artículos 515 y 516 (cfr. *supra* capítulo XXXV). Por otro lado, en la Sección segunda del Capítulo V se recogen una agravación de la punibilidad de algunos delitos cuando se cometen con un fin específico por determinadas personas pertenecientes a grupos terroristas y una serie de delitos de colaboración en las actividades de la organización y de apología del terrorismo, aparte de disposiciones específicamente relacionadas con el terrorismo en materia de tratamiento de «arrepentidos», reincidencia internacional y punición expresa de los actos de participación intentada, y otras relativas a algunas cuestiones procesales que el enjuiciamiento de estos hechos suscita.

A) TRATAMIENTO AGRAVATORIO DE LOS DELITOS COMUNES

Los artículos 571, 572, 573 y 575 establecen, en efecto, una pena distinta, superior a la que corresponde a los delitos comunes de estragos (art. 571), incendios (art. 571), delitos contra las personas (art. 572), tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (art. 573) y delitos contra el patrimonio (art. 575), cuando sean cometidos por personas que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con las organizaciones terroristas.

El art. 577 sancionaba en su redacción originaria el llamado «terrorismo individual», es decir, la realización de delitos comunes como homicidio, lesiones de los arts. 149 ó 150, detenciones ilegales, ame-

nazas, coacciones, incendios, estragos, tenencia y depósito de armas, realizados con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, cometidos por quienes no pertenecen a banda armada, organización o grupo terrorista. En la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 se dice que este precepto no estaba cumpliendo el objetivo perseguido: «Por una parte, porque los sucesos de terrorismo urbano sólo vienen considerados como tales en el caso de que exista riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Por otra, porque la actual legislación no facilita que se condene a quienes interviniendo en estas acciones portan, no ya los explosivos o armas que provocan incendios o destrozos, sino solamente los componentes necesarios para provocar la explosión».

La nueva redacción del art. 577 incorpora, además de los originariamente previstos, la referencia a los delitos de daños tipificados en los arts. 263 a 266, 323 ó 560, las lesiones de los arts. 147 y 148 y la tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus «componentes», imponiendo, igual que antes, la pena correspondiente a tales delitos en su mitad superior.

Por otro lado, la nueva redacción del art. 577 menciona, además de las finalidades contenidas en la anterior redacción (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública), la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional.

La misma regla, esto es, imponer la misma pena en su mitad superior, se establece en el artículo 574 para «cualquier otra infracción» cometida por personas que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con las organizaciones a las que venimos haciendo referencia.

Por lo que respecta a las cualificaciones mismas, cuando se producen muerte o lesiones de las víctimas se configuran como auténticos «delitos cualificados por el resultado», como se deduce de la expresión «causare», lo que casa mal con los principios de proporcionalidad y culpabilidad establecidos de un modo general en el Título preliminar (cfr. arts. 5 y 6), aunque obviamente dichos resultados sólo podrán ser imputados si al menos se producen por imprudencia. Aun así, la agravación sólo debería aplicarse en caso de que los resultados de muerte o de lesiones sean imputables a título de dolo, por lo menos eventual; y ello debe repercutir igualmente en la atribución de los mismos a los participantes de distinto nivel (fundamentalmente inductores y cómplices) que no puedan considerarse autores en sentido estricto de los delitos realizados.

No obstante, en el delito de terrorismo, como en otros casos de criminalidad organizada (tráfico de drogas, blanqueo de bienes, rebelión, etc.), se plantean problemas a la hora de delimitar entre autoría y participación. El criterio básico de considerar autor en sentido estricto del delito particular de homicidio o asesinato al ejecutor material del mismo debe ser completado con el criterio del dominio funcional del hecho o el de la autoría mediata sirviéndose de un aparato de poder, que permiten también la atribución de la cualidad de (co)autor o de autor mediato a quienes, sin realizar materialmente el hecho, dominan la organización, controlan a los ejecutores o configuran su ejecución, conforme a un plan preconcebido y al reparto de papeles que cada uno asume en la realización del delito (para más detalles sobre estos criterios, véanse los trabajos de Roxin, Figueiredo Dias y Muñoz Conde, 1999).

El art. 572,2 contiene una agravación cuando las víctimas del delito sean no ya sólo los miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, sino también determinados cargos políticos enumerados en el artículo 551,2 (miembros del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las CCAA, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las CCAA, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional). La agravación consiste en imponer la pena en su mitad superior y se aplica a los delitos contra las personas mencionados en el artículo 572,1 y sobre la pena que el propio artículo establece para cada grupo de delitos, lo que puede llevar a penas de 30 años (véase también art. 78). Por su ubicación sistemática, esta agravación no es aplicable a los casos en los que el sujeto activo sea un «terrorista individual», que tiene su propio régimen punitivo en el art. 577.

Además, el art. 573 castiga con la pena de prisión de seis a diez años «el depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados».

B) DELITO DE COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA

a) El delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista aparece recogido en el art. 576:

«1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.
2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos».

Por lo que se refiere a la *acción típica*, la expresión «llevar a cabo» es más precisa que la que se utilizaba en al anterior Código penal de «obtener». Ya no puede admitirse, por tanto, la tesis de ARROYO ZAPATERO (1985, p. 163), formulada en relación con la regulación anterior, que entendía que lo que se castigaba en el antiguo art. 174 bis,a no era «la prestación de actos de colaboración, sino el obtenerlos, recabarlos o facilitarlos».

En el número 2 del artículo 576 se realiza una enumeración de aquellas actividades que son consideradas como actos de colaboración, aunque con un valor meramente ejemplificativo ya que el propio artículo establece «...y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género...». De este modo se miden por el mismo rasero conductas de distinta gravedad como entrenar militarmente a un grupo terrorista o alojar a uno de sus integrantes. Así, por ejemplo, la STS de 24 de enero de 1992 consideró como acto de colaboración la redacción de un manual de instrucciones sobre preparación de explosivos, y la STS de 29 de noviembre de 1997 la decisión acordada por los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna de exhibir un vídeo propagandístico de la banda terrorista ETA. La equiparación de conductas tan dispares bajo el mismo concepto de colaboración da que pensar sobre la inconstitucionalidad del precepto por infracción del principio de proporcionalidad, pero también por la propia redacción del mismo («cualquier acto de colaboración..., cualquier otra forma equivalente de cooperación») que, como en otros lugares del Código donde se emplea la misma o parecida fórmula de tipificación de la conducta delictiva (cfr. arts. 301,1, 368), deja malparado el principio de seguridad y certeza jurídica característico del principio de legalidad de los delitos y las penas consagrado en el art. 25,1 CE (tanto más en la redacción que tenía el art. 174 bis,a del anterior Código penal, en el que ni siquiera se contenía la cláusula de «equivalencia» a las conductas de colaboración expresamente mencionadas; cfr. STS 29 noviembre 1997, y la crítica a la misma de ASÚA BATARRITA).

La STC de 20 de julio de 1999 anuló la STS de 29 de noviembre de 1997, considerando que la aplicación del art. 174 bis,a del anterior Código penal a la decisión de la Mesa Nacional de Herri Batasuna de ceder sus espacios electorales gratuitos a la difusión de un vídeo propagandístico de la banda terrorista ETA infringe el art. 25,1 CE.

De acuerdo con esta interpretación, la colaboración debe estar relacionada con las actividades y finalidades de la banda armada, organización o grupo terrorista y favorecer materialmente, y no sólo ideológicamente, estas actividades. No es punible el mero apoyo o respaldo moral, sino que se precisa una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización, siempre que no llegue a alcanzar el rango de pertenencia a la asociación terrorista, que ya de por sí tiene mayor pena en el art. 516 (cfr. STS 2 febrero 1987). Se trata de un delito de *mera actividad* independientemente de que la organización se beneficie de la conducta colaboradora, es decir, con independencia de que esta última haya sido o no efectivamente útil para la organización (STS 24 febrero 1992). Si la colaboración se traduce en una forma de participación en algún delito concreto contra la vida, la integridad, la libertad o el patrimonio, el colaborador será castigado como coautor o cómplice de estos delitos, si llegan a ejecutarse, y con la pena prevista en el apartado 1 en su mitad superior «cuando la información o vigilancia de personas mencionadas en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas» (art. 576,2, párrafo 2º). La distinción entre la colaboración y la participación en un acto delictivo se lleva a cabo, como dice LAMARCA PÉREZ (1985, p. 253), «en función de la fase delictual en la que se preste la colaboración». Se trata, según establece la STS de 2 de febrero de 1987, de «un acto preparatorio especialmente castigado como favorecimiento, cuyo fundamento punitivo de excepción a la regla de impunidad de tales actos radica... en

la importancia y peligrosidad que tales conductas colaboradoras han adquirido en las actividades terroristas».

Sujeto activo sólo puede serlo aquella persona que no pertenece a la organización. Una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de asociación ilegal (art. 515,2º). En todo caso, este delito no es aplicable en los casos de cooperación en el terrorismo individual tipificado en el art. 577, que se rige por las reglas generales de la participación.

Respecto al *tipo subjetivo*, el dolo implica, como ha señalado la jurisprudencia, «tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo» (véanse SSTS 8 abril 1985 y 26 junio 1986). La jurisprudencia ha puesto también de relieve que la existencia de otros móviles, como puede ser, por ejemplo, la relación de amistad entre el colaborador y la persona concreta con la que se colabora, «no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que lo recojan» (STS 2 febrero 1987, que consideró además que la relación sentimental y de amistad que unía a ambos imputados no sirve para oscurecer el dolo, sino más bien como prueba del mismo).

> La conducta mediadora entre la banda armada y los familiares de la víctima de un secuestro para cobrar el rescate puede estar justificada por un estado de necesidad (*auxilio necesario*), pero también puede ser una forma de colaboración («mediación») con la banda armada o de coautoría en el propio secuestro, dependiendo la calificación de si se trata de una mediación objetiva o en representación de los familiares, o de una especie de «agencia de recaudación» montada por los propios terroristas (véase LAMARCA PÉREZ, JD 1993, pp. 51 ss.).

En lo referente a la *penalidad*, el legislador parece haberse hecho eco de las críticas que planteó la doctrina científica respecto a la anterior legislación, que fijaba la misma pena para el delito de pertenencia a banda armada y para el de colaboración. En la nueva regulación, la pena del delito de colaboración ha disminuido y se sitúa por debajo de la que corresponde al delito de pertenencia a la asociación terrorista, lo que derivará con seguridad en una mayor preocupación jurisprudencial por delimitar el ámbito de aplicación propio de cada figura delictiva (cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 692).

b) La reforma operada por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, en relación con problemas políticos que se han planteado en la Comunidad Autónoma del País Vasco y que llevaron a introducir en el Código penal delitos relacionados con la convocatoria de consultas populares «ilegales», ha creado también un delito, paralelo al de «colaboración con banda armada» (art. 576), que castiga en el art. 576 bis,1 con la pena de tres a cinco años de prisión a la «autoridad o funcionario público que allegara fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos a que se refiere esta sección, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos».

Ciertamente, esta nueva tipicidad puede tener alguna concomitancia con el delito previsto en el art. 576, pero no se trata de una colaboración con la banda armada, sino con la organización política afín ideológicamente con la misma, con lo cual sólo muy de pasada se puede hablar de colaboración terrorista. El origen del precepto se encuentra en la decisión del Tribunal Supremo de ilegalizar al partido político Herri Batasuna en la Comunidad Vasca por sus concomitancias o relaciones con el grupo terrorista ETA; pero sólo difícilmente y de forma parabólica se puede decir que la ayuda a un grupo político determinado es también ayuda a la banda terrorista que de forma violenta defiende los mismos postulados políticos. Tal como el precepto ha quedado configurado, parece que más bien se trata de una especie de malversación de caudales públicos, en la medida en que se trata de subvenciones ilegales o de disposición ilegal de caudales públicos cuya disponibilidad tenga la autoridad o funcionario por razón de su cargo (cfr. art. 433 y lo dicho *infra* capítulo XLII: malversación de caudales públicos). Por otra parte, el tipo cualificado que se contiene en el apartado 2 de este nuevo artículo, con su referencia al requerimiento judicial o administrativo que debe darse para que pueda aplicarse en caso de contumacia, demuestra que también puede tratarse de un delito de desobediencia, que obviamente puede ser aplicable cuando se den los presupuestos del mismo (cfr. art. 410 y lo dicho *infra* capítulo XLI: desobediencia).

C) ENALTECIMIENTO O JUSTIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

Uno de los caballos de batalla en la lucha contra el terrorismo es el castigo de la apología y conductas similares enaltecedoras de los

delitos terroristas y de sus autores: tras algunas sentencias del Tribunal Constitucional en las que se declaraba inconstitucional la penalización del elogio o defensa de ideas, o la expresión de ideas subjetivas sobre acontecimientos históricos o actuales, el Código penal de 1995 había regulado la apología en el art. 18 como una forma de provocación, que sólo es punible, cuando expresamente así se tipifique, «si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». El nuevo art. 578, introducido por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, no se atiene exactamente a estos límites al castigar «el enaltecimiento o la justificación», por lo que su constitucionalidad puede plantear algunas dudas. No sucede, en cambio, lo mismo en lo que se refiere a «la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares», porque ello incide en un bien jurídico autónomo, como es el dolor y afecto de los familiares de las víctimas y la dignidad de la propia víctima, cuando se deteriora su imagen para justificar los atentados contra ella. Es, sin embargo, difícil valorar estos hechos fuera del contexto en el que se cometen, pero no cabe duda de que llamar por teléfono o decirle personalmente a los familiares de la víctima de un reciente atentado que su padre, hijo, marido, etc., «era un perro que merecía la muerte», o atribuirle falsa o exageradamente la comisión de hechos que de algún modo puedan utilizarse como justificación del atentado, requiere de alguna respuesta penal como la que se da ahora en el art. 578, que viene a proteger el derecho de la víctima a la dignidad de su recuerdo (sobre todo cuando ha muerto), o el de sus familiares a que se respete y no se incremente su dolor.

El Auto del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2002 rechazó la querella contra un político que, en un mitin en territorio francés, gritó «Gora ETA», pero no tanto en base a que el hecho no sea constitutivo de apología, como en base a que estas conductas no entran en el concepto de terrorismo que a afectos de aplicar el principio de Justicia universal exige el art. 23,4 LOPJ.

D) PROBLEMAS ESPECIALES EN LA REGULACIÓN DE ESTOS DELITOS

a) Los «terroristas arrepentidos»

Art. 579: «3. En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado».

Esta figura se introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico, concretamente en el art. 174 bis,c) del Código penal, por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo. Posteriormente estas «medidas premiales» se recogieron en la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la Actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas y de Desarrollo del Artículo 55.2 de la Constitución (Ley Orgánica Antiterrorista), para ser finalmente incorporadas al anterior Código penal en su artículo 57 bis,b) mediante la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código penal (para más detalles sobre esta regulación, véanse Cuerda Arnau; y Muñoz Conde, 1996).

En el Código penal de 1995 se modifica en gran manera el régimen anterior, extendiéndose también la figura del «arrepentido» a los delitos de narcotráfico en el art. 376. Los requisitos que se exigen ahora son los siguientes: en primer lugar, que «el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado». Pero este supuesto no es de por sí suficiente para que se produzca la atenuación, al contrario de lo que sucedía en toda la normativa anterior, sino que además es necesario que concurran alternativamente una de estas dos situaciones, que pueden englobarse en una categoría amplia de colaboración con la justicia: a) colaborar activamente con las autoridades para impedir la producción del delito; b) coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

Ha desaparecido, además, la posibilidad de remisión total de la pena, ya que sólo se prevé la atenuación en uno o dos grados, que además es facultativa para el Juez o Tribunal que debe, si opta por imponer la pena inferior, *razonarlo* en la sentencia.

El art. 579 exige, pues, aunque ello no sea suficiente para llevar a cabo la atenuación, que el sujeto haya abandonado voluntariamente

sus actividades delictivas, se presente a las autoridades y confiese los hechos en los que ha participado. En principio, no hay inconveniente en que esta regulación pueda ser también aplicada al «terrorista individual», aunque difícilmente se podrá exigir en este caso la concurrencia del tercer requisito, y concretamente de su segundo supuesto alternativo, porque no podrá el «terrorista individual» colaborar en la captura de otros responsables o atacar la infraestructura de la organización, sencillamente porque ni lo uno ni lo otro van a existir. El terrorista individual, por tanto, además del abandono y de la confesión, deberá colaborar activamente con las autoridades para impedir la producción del delito, para que pueda gozar, en su caso, de la mencionada atenuación.

Un problema adicional que puede cuestionar la eficacia de este precepto en la lucha contra la criminalidad organizada en general y el terrorismo en particular es el del valor procesal que como prueba puede tener la declaración del arrepentido en calidad de «coimputado» contra los otros coacusados (sobre ello, véanse los trabajos de CUERDA ARNAU, pp. 621 ss.; MUÑOZ CONDE, 1996, pp. 154 s. y 1998, pp. 33 ss.; y SSTC 137/1988, 49/1998 y 115/1998; cfr., en cambio, SSTS 23 febrero 1996 y 28 julio 1998, «caso Marey»).

b) La agravante de reincidencia internacional

Art. 580: «En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia».

Mediante este precepto se permite aplicar la agravante de reincidencia del art. 22,8ª a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas cuando exista una condena anterior, aunque haya sido impuesta por un Juez o Tribunal extranjero. No obstante, la norma debe ser objeto de una interpretación a la luz de lo que el Tribunal Constitucional estableció en su Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, al analizar la posible inconstitucionalidad del artículo 2,3º de la Ley Orgánica Antiterrorista de 1984. Según el Tribunal Constitucional, «se trata de determinar si existe una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes jurídicos protegidos», análisis que además debe llevarse a cabo, según el propio Tribunal, a través de los criterios objetivos fijados para la determinación del concepto de terrorismo en los instrumentos internacionales. El Tribunal Constitucional reconoció también

que en el caso de que el Tribunal extranjero no hubiese respetado los derechos de defensa y las garantías constitucionales del proceso recogidas en el artículo 24 CE, no podría aplicarse la agravación por existir, en tal caso, una contradicción con el orden público, tal y como se establece en el artículo 12,3 del Código Civil.

c) La punición de los actos de participación intentada

Art. 579: «1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

Siguiendo la regla contenida en los arts. 17 y 18, los actos de participación intentada se castigan expresamente en este art. 579,1 con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda al delito de terrorismo en cuestión. Dentro de la provocación debe entenderse incluida la *apología del terrorismo*, siempre que, como se exige en el art. 18,2, «por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito», lo que evita la anticonstitucionalidad detectada en la regulación anterior (véanse STC 12 diciembre 1986 y los comentarios a la misma de MIRA BENAVENT; DÍAZ-MAROTO; y MAQUEDA ABREU, también MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 651). La posibilidad de que, sin embargo, la simple acción propagandística, que no constituya una incitación directa a cometer un delito, pueda ser castigada por el delito de colaboración (cfr. *supra* B), ha sido utilizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de noviembre de 1997, anulada por STC de 20 de julio de 1999 (cfr. ASÚA BATARRITA, que critica duramente la STS). Queda abierta ahora sin embargo, la posibilidad de incriminar estos hechos por el art. 578 (véase *supra*), que también plantea dudas de constitucionalidad (cfr. BERNAL DEL CASTILLO; CAMPO MORENO, 2001; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, p. 581).

d) Cuestiones procesales

El art. 55,2 CE permite que una ley orgánica determine la forma y los casos en los que pueden ser suspendidos determinados derechos fundamentales, como los plazos máximos de duración de la detención preventiva, inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia, etc., en relación con la investigación de las actividades de

bandas armadas o elementos terroristas. Al amparo de dicho precepto se han dictado varias leyes de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la última la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que permite la prolongación de la detención policial hasta diez días y amplía las facultades policiales de allanamiento y registro domiciliario, observación postal o telefónica, etc., que pueden dar lugar a abusos y a flagrantes violaciones de los derechos fundamentales (véase por ej., la STC 71/1991, de 3 de marzo, declarando inconstitucional el art. 504 bis de la LECrim., que permitía suspender el levantamiento de la prisión provisional acordado por el juez en caso de preso acusado de terrorismo si el ministerio fiscal recurría dicha decisión). Toda esta legislación excepcional persigue más un efecto simbólico (tranquilizar a los asustados ciudadanos que desconfían de la eficacia de los sistemas jurídicos tradicionales para acabar con el terrorismo a corto y a largo plazo), que una correcta política criminal que combine acertadamente la necesaria eficacia con el respeto a las garantías y derechos fundamentales propios del Estado de Derecho. La derogación o debilitamiento de estas garantías constituye la más grave herencia jurídica y cultural del terrorismo, y su represión excepcional, que busca, además, una «eficacia» que desgraciadamente, como la práctica demuestra, tampoco se consigue, supone una claudicación de las exigencias propias del Derecho penal del Estado de Derecho (cfr., también, por ej., art. 78).

e) Inhabilitación absoluta

El apartado 2 del art. 579 introduce como pena principal, además de la pena de prisión aplicable a los delitos previstos en los artículos anteriores, la de «inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta» (cfr. también art. 40).

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO XXXIX

Prevaricación judicial. Acusación y denuncia falsas. Simulación de delito. Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, Madrid 1993; CANTARERO BANDRÉS, *Administración de Justicia y obstrucionismo judicial*, Madrid 1995; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Coacción o represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigo*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; CUELLO CONTRERAS, *Jurisprudencia y prevaricación*, La Ley 1993; DE TORRES AGUILAR, *El delito de acusación y denuncia falsas y las faltas*, Pretor 1952; ELÍAS MONDEJA, *Delitos contra la Administración de Justicia (Breve comentario al delito de acusación y denuncia falsa y su proyección en el Proyecto de Código penal de 1992)*, RGD 1994; FELIP I SABORIT, *Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*, ADP 1993; FERNÁNDEZ-ESPINAR, *La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*, La Ley 1993; FERNÁNDEZ SERRANO, *El secreto profesional de los abogados*, Madrid 1953; GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid 1990; el mismo, *Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; GARCÍAS PLANAS, *Prevaricación de abogados y procuradores*, ADP 1994; HERNÁNDEZ GUIJARRO, *Naturaleza del falso testimonio*, ADP 1967; JIMÉNEZ ASENJO, *Tratamiento penal del perjurio en causa civil*, RGLJ 1947; el mismo, *Falso testimonio*, NEJ IX, 1958; JIMÉNEZ CISNEROS, *Delitos contra la administración de Justicia*, REP 1946; LUZÓN PEÑA, *Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980 (también en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982); MAGALDI PATERNOSTRO, *Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa*, ADP 1987; el mismo, *El falso testimonio en el sistema penal español*, Barcelona 1987; el mismo, *La prevaricación de abogado y procurador (análisis de los artículos 360 y 361 del Código penal)*, en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ 1994; MAGALDI PATERNOSTRO/ GARCÍA ARÁN, *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, DJ 1983; MANJÓN CABEZA OLMEDA, *Algunos aspectos de los delitos previstos en el art. 325 bis del Código penal*, ADP 1988; MILLÁN GARRIDO, *El delito de acusación y denuncia falsas*, Información Jurídica 1973; el mismo, *El delito de falso testimonio*, DJ 1979; el mismo, *El delito*

de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo, RGD 1979; MUERZA ESPARZA, *El delito de acusación y denuncia falsas en la Jurisprudencia del TS*, La Ley 1986; QUINTERO OLIVARES, *Notas sobre la acusación falsa*, RJCat. 1976; el mismo, *Los delitos contra la Administración de Justicia*, RJCat. 1980; REIGOSA GONZÁLEZ, *La prevaricación judicial*, en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ 1994; RODRÍGUEZ CASTRO, *El delito de prevaricación judicial y su problemática jurídico-penal (I y II)*, AP 1988; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La simulación de delito*, RGLJ 1966; TORÍO LÓPEZ, *Introducción al falso testimonio*, Revista de Derecho Procesal 1965; VARIOS, *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada 1995.

Sobre el Código penal de 1995: ABELLANET GUILLOT, *La prevaricación judicial en el Código penal de 1995*, RJCat. 1998; APARISI MIRALLES, *Aproximación histórica al problema del bien jurídico por el delito de acusación y denuncia falsa*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; BENÍTEZ ORTÚZAR, *De la obstrucción a la Justicia y deslealtad* profesional, Barcelona 1999; BENLLOCH PETIT, *¿Prevarica el Juez que se aparta de la "doctrina consolidada del Tribunal Supremo"?, Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del TS de 11 diciembre 2001*, RDPC 2003; CALLE RODRÍGUEZ, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, La Ley 2000; CALVO-RUBIO BURGOS, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, EJ/MF 1998; CORTES BECHIARELLI, *El secreto profesional del abogado y del procurador: su proyección penal*, Madrid 1998; DÍAZ PITA, M., *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Barcelona 1996; DIEGO DÍEZ, *Prevaricación («deslealtad profesional») de abogados y procuradores*, Madrid 1996; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Madrid 2002; FARALDO CABANA, *Falsas condiciones objetivas de punibilidad en los delitos contra la Administración de Justicia*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; FERNÁNDEZ-ESPINAR, *La acusación y denuncia falsas en el marco de los delitos contra la Administración de Justicia*, AP 1997; FERRER BARQUERO, *La vertiente omisiva de la prevaricación judicial*, EPC 2004; FLETCHER, *Las víctimas ante el jurado*, trad. de Medina Ariza y Muñoz Aunión, Valencia 1996; GARCÍA ARÁN, *Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997; GARCÍA SOLÉ, *El delito de acusación y denuncia* falsas, Barcelona 2002; GONZÁLEZ CUSSAC, *Los nuevos delitos contenidos en la L.O. del Tribunal del Jurado*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; el mismo, *La imprudencia en la actividad judicial*, en La responsabilidad penal de las actividades de riesgo, CDJ 2002; GRACIA MARTÍN, *Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito*, RDPC 1998; GUZMÁN DÁLBORA, *La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La retractación en el delito de falso testimonio*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; LLABRÉS FUSTER/ TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, *La responsabilidad penal del miembro del jurado*, Barcelona 1998; MANES, *Bien jurídico y delitos contra la Administración de Justicia*, CPC 2000; MAQUEDA ABREU, *Acusación y denuncias falsas*, Valencia 1999; MARTÍN CANIVELL, *Prevaricación*, La Ley 1996; MARTÍNEZ RUIZ, *La criminalidad de testigos, peritos e intérpretes, a la luz del Código penal de 1995*, RDP 2001; MATA Y MARTÍN, *El principio non bis in idem en la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados*, PJ 1996; MULLERAT, *Los diversos enfoques del secreto profesional del abogado y sus excepciones en los Estados Unidos de América*, La Ley 1997; MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Lección inaugural Curso 1998/1999, Universidad «Pablo de Olavide», Sevilla 1998; el mismo, *El tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial*, en El País, 4 noviembre 1999; ORDEIG ORERO, *El delito de acusación y denuncia falsa*, Madrid 2000; PALOMO DEL ARCO, *Acusación y denuncias falsas. Nueva regulación. Examen de estos delitos. Especial referencia a la simulación de delitos dentro de este capítulo*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997; PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, Pamplona 2000; PÉREZ DEL VALLE, *La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal*, La Ley 1997; RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia 2000; RIVAS ANDRÉS, *La confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente en el Derecho comunitario*, La Ley 1997; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Tipo objetivo, prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación judicial*, AJA 1999; SERRANO PIEDECASAS, *La obstrucción a la justicia y la deslealtad pofesional en el nuevo Código penal*, ADP 1996; SOTO NIETO, *Revelación de secreto profesional por abogado. Consentimiento del cliente*, La Ley 1997; el mismo, *El secreto profesional del abogado: deontología y tipicidad penal*, La Ley 1997; VIEITES PÉREZ, *Delitos de prevaricación. Nueva regulación dentro de los delitos contra la Administración de Justicia*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997; VIERA MORANTE, *El falso testimonio. Cambios introducidos por el Código penal de 1995 e influencia de la Ley del Tribunal del Jurado*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997.

Los delitos contra la Administración de Justicia, recogidos en el Título XX del Libro II del Código penal, son, sistemáticamente, de tardía aparición en nuestra codificación penal. Algunos de ellos, como la acusación y denuncia falsas y el falso testimonio, se incluían en el Código de 1870 entre las falsedades; y el quebrantamiento de condena se tipificaba juntamente con las coacciones, entre los delitos contra la libertad y seguridad. Fue el Código de 1928 el primero que dio autonomía sistemática a este grupo de delitos, si bien reduciéndolos a los de quebrantamiento de condena, desórdenes en las prisiones y encubrimiento. En el Código de 1932 se introdujo en el grupo la acusación y testimonio falsos, pero desapareció el encubrimiento como delito autónomo. En el Código de 1944 se creó la simulación de delito, se introdujo en este grupo la realización arbitraria del propio derecho y

luego, por Ley de 17 de julio de 1951, la omisión del deber de impedir determinados delitos. La Ley de 28 de diciembre de 1978 añadió a este delito la omisión del deber de poner en conocimiento de la autoridad determinados delitos y la reforma de 1983, los delitos contra la libertad de las partes, testigos y peritos en el proceso.

La progresiva ampliación de este grupo de delitos ha continuado en el Código penal de 1995. Entre los delitos contra la Administración de Justicia se incluyen ahora también la prevaricación judicial y la infidelidad en la custodia de presos, así como el encubrimiento y determinadas formas de obstrucción y deslealtad profesional de abogados y procuradores. Pero la ampliación no ha ido tan lejos hasta el punto de considerar también delitos contra la Administración de Justicia otros delitos que sólo indirectamente afectan al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia a través de la lesión de otros bienes jurídicos más específicos, como la falsedad documental, sobre todo en la modalidad de presentación en juicio de documentos falsos (cfr., sin embargo, la estafa, en su modalidad de estafa procesal). Por otra parte, tampoco se comprenden en este grupo aquellos delitos que atacan al aspecto ideológico o político de la Administración de Justicia, cual es la independencia del Poder Judicial como control y garantía de la legalidad del sistema jurídico, cuya lesión se encuentra sistemáticamente situada en otro lugar del Código (véase *supra*: usurpación de funciones, detenciones ilegales cometidas por funcionarios, etc.).

Por todo ello, el Título XX adolece de una cierta vaguedad e imprecisión respecto al *bien jurídico protegido* e, incluso, algunos de los delitos en él incluidos afectan más a otros bienes jurídicos (como los de carácter personal a que se alude en el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos, o el honor en el delito de acusación y denuncia falsas, o la integridad en el ejercicio de las funciones de abogado y procurador en el delito de deslealtad profesional) que a la Administración de Justicia misma. A pesar de todo, lo que les da sentido y autonomía es su relación con la Administración de Justicia y, al mismo tiempo, con el Poder Judicial, que es el encargado dentro del esquema de la división de poderes de esta importante función del Estado de Derecho (cfr. art. 117,1 CE; para más detalles sobre el bien jurídico protegido común y la regulación de este grupo de delitos en el anterior Código penal y en los Proyectos de Código penal, véanse MUÑOZ CONDE, 9ª ed., pp. 769 ss.; LUZÓN PEÑA, pp. 556 ss.; QUINTERO OLIVARES, 1980, pp. 192 ss.; GARCÍA ARÁN, 1993; SERRANO BUTRAGUEÑO, en VARIOS, pp. 3 ss.; y en relación con el Código penal de 1995, DÍAZ PITA, pp. 28 ss.; y MAQUEDA ABREU, pp. 20 ss.).

El Código penal militar contiene en el Título VIII de su Libro II los «Delitos contra la Administración de la Justicia Militar», donde se recogen algunos de los delitos que en el Código penal común se consideran tales, como la simulación de delito (art. 180), la omisión del deber de promover la persecución de delitos (art. 181), el falso testimonio (art. 183), la prevaricación (art. 184) y el quebrantamiento de condena (art. 188), y otros que constituyen en el Código penal común delitos tipificados en diversos lugares, como la tortura (art. 182), el cohecho (art. 185), el atentado (art. 186) y el desacato o la desobediencia (art. 187).

La reforma de 25 de noviembre de 2003 ha creado un capítulo IX en este Título, en el que se incluye un art. 471 bis, para castigar los «Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional», en concordancia con la adaptación del Código penal al Estatuto de Roma (cfr. *supra* capítulo XXXII e *infra*, capítulo siguiente).

PREVARICACIÓN JUDICIAL

En el Capítulo I del Título XX los arts. 446 a 449 tipifican comportamientos ilícitos del Juez o Magistrado respecto a determinadas funciones que le son propias. Sujeto activo sólo puede serlo el Juez o el Magistrado unipersonal. La referencia al Juez unipersonal no excluye, sin embargo, la aplicación de estos delitos cuando han sido cometidos en el seno de un Tribunal, siempre que pueda imputarse a cada uno de sus miembros a título personal en calidad de autor o coautor el acto constitutivo de los mismos. Por Juez o Magistrado debe entenderse aquella persona que ejercita la actividad jurisdiccional. En el delito previsto en el art. 449 también puede ser autor el Secretario Judicial u otro funcionario distinto (véase *infra*).

Los diversos tipos delictivos pueden reducirse a tres:

1º) Prevaricación dolosa en sentencia u otra resolución injusta

Dentro de este epígrafe deben incluirse los tres supuestos del art. 446:

> «El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:
> 1º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En

ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.
2º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.
3º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas».

Tipo objetivo

La acción consiste en *dictar* sentencia o resolución definitiva injustas. El resultado de esa resolución (en contra o a favor del reo, seguida o no de ejecución, etc.) sólo se toma en cuenta para cualificar o atenuar la responsabilidad, pero puede ser además constitutivo de otro delito (por ej., detenciones ilegales) con el que la prevaricación puede estar en concurso.

La *injusticia* de la resolución dictada es un elemento normativo específico del tipo. Su determinación supone, como en la prevaricación administrativa (véase *infra* capítulo XLI), una valoración que debe realizarse en función del caso concreto y en atención a postulados de justicia material y no puramente formalistas. De todas formas una decisión judicial que se atenga estrictamente a las formalidades legales difícilmente puede ser constitutiva de prevaricación, por muy injusta que pueda parecer desde otros puntos de vista (*summun ius, summa iniuria*). En última instancia, debe tenerse en cuenta que el principio de la libre valoración de la prueba apreciada según conciencia (arts. 741 LECrim. y 218 y 316 LEC) y el sistema de recursos dificultan enormemente la persecución práctica de este delito. El concepto de injusticia es *objetivo*, independiente de las concepciones particulares.

> En definitiva, el problema se traslada, como indica García Arán, 1990, al ámbito de la interpretación, debiendo entenderse como injusta toda interpretación que sea difícilmente justificable en el plano teórico (cfr., sin embargo, STS 3 mayo 1986, que absolvió a un Magistrado que había puesto en libertad bajo fianza a un conocido narcotraficante, y mi comentario a la misma en Prólogo a la obra de García Arán. Para resolver situaciones de este tipo hay quien opina que el Juez no sólo debe estar vinculado a la ley, sino también al Derecho. Pero con esto surge un problema difícil de resolver: cuando la «ley» es el objeto de vinculación del Juez, ésta puede ser controlada de algún modo; pero cuando el objeto de esa vinculación es el «Derecho», el control de la misma se difumina y se pierden los precisos contornos que ofrece la legalidad vigente en cada momento histórico. ¿A qué «Derecho» está vinculado el Juez? ¿Al Derecho natural, esotérico e inaprehensible, que invocan las más diversas teorías e ideologías jurídicas?, ¿a la jurisprudencia?, ¿a la doctrina científica? Pero sea cual sea el objeto de vinculación del Juez, la ley o el Derecho, el Juez está también vinculado a la realidad implacable de los hechos a los que la ley tiene que ser aplicada. Si, por. ej., el Juez deja de valorar unos hechos o da como probados unos hechos en contra de toda lógica científica puede cometer igualmente prevaricación; es más, es probable que sea en esta fase donde más frecuentemente se pueda cometer este delito, dado que la valoración de los hechos admite muchas veces, paradójicamente, más subjetivismo que la propia interpretación de las normas: recuérdense, si no, las discrepancias que surgen a veces en la valoración de la prueba testifical o pericial, sobre todo en caso de discrepancia entre los testigos o peritos, o en la valoración de la probabilidad de huida que tiene un preso preventivo al que se le concede la libertad provisional bajo fianza (STS 3 mayo 1986: «caso Bardelino»; Auto de la Audiencia Nacional 24 diciembre 2001: «caso Carlos el Negro»; para más detalles, Muñoz Conde, 1998, pp. 9 ss. e *infra*: falso testimonio).

Tipo subjetivo

En todas las modalidades incluidas en el art. 446 la expresión «a sabiendas» excluye la posibilidad de la comisión imprudente e incluso del dolo eventual (a reserva de lo dispuesto en el art. 447, véase *infra*: prevaricación imprudente).

> La mayoría de las veces el problema que se plantea en la prevaricación judicial dolosa no es tanto el de la prueba del tipo objetivo («injusticia de la resolución»), como el de la del elemento «a sabiendas». En la STS de 15 de octubre de 1999 («caso Gómez de Liaño»), las resoluciones que había adoptado el Juez fueron desautorizadas y revocadas por el Tribunal superior y, sin embargo, aquél volvió a adoptarlas, con diversos pretextos poco convincentes. El Magistrado del Tribunal Supremo que formuló voto particular en contra de la condena del citado Juez se apoyaba para ello en que el Juez actuó «empecinado, convencido de estar en posesión de la verdad», pero es evidente que ello no le autorizaba a imponer sus convicciones por encima de la realidad objetiva de unas leyes y procedimientos que dicho Juez (Magistrado de la Audiencia Nacional) conocía o debía conocer perfectamente, lo que llevó a la mayoría de la Sala del Tribunal Supremo a considerar que actuó «a sabiendas» (para un análisis de esta sentencia y de la polémica que desató, véase Ramos Tapia, pp. 90 ss.; Sánchez-Vera; Muñoz Conde, 1999).

2º) Denegación y retardo malicioso en la Administración de Justicia

Son dos delitos netamente diferenciados, pero íntimamente relacionados:

El art. 448 castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años al «Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley».

El art. 449,1 impone la misma pena al «Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima». En el apartado 2 del mismo artículo se impone la pena indicada, en su mitad inferior, «cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior».

Aparentemente ambos delitos son de naturaleza omisiva. Pero, como destaca García Arán, 1990, el negarse a juzgar es una conducta activa y el retardo del art. 449,1, según se dice en el mismo precepto, debe ser «provocado», lo que supone normalmente actuaciones (diligencias para mejor proveer, práctica de diligencias innecesarias, no tramitar un documento o retrasar su tramitación, etc.). Lo importante es, en todo caso, que la conducta del Juez (en el art. 449,1 también la del Secretario Judicial y en el art. 449,2 la de cualquier otro funcionario) infrinja, dolosamente, el derecho fundamental a un «proceso público sin dilaciones indebidas» reconocido en el art. 24,2 CE.

Tanto en el delito de denegación de Justicia como en el de su retardo («malicioso») sólo es punible la comisión dolosa. El inciso segundo del apartado 1 del art. 449 considera malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima. El apartado 2 del mismo precepto impone la pena en su mitad inferior cuando el retardo sea imputable a otro funcionario público (que obviamente debe tener también algún tipo de relación con la tramitación del proceso: oficial, auxiliar, etc.). El retraso por mera negligencia, abulia o escasa capacidad de trabajo del funcionario es, todo lo más, merecedor de sanción disciplinaria (cfr. STS 19 octubre 1995. La STS 20 enero 2003 condena en base a este precepto al Juez de Vigilancia Penitenciaria que dificultó y retrasó con diversos pretextos procedimentales la concesión de permisos de Navidad por razones de enfrentamiento con la dirección del centro penitenciario. Véase Ferrer Barquero, pp. 366 ss.).

3º) Prevaricación imprudente

El art. 447 castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo publico por tiempo de dos a seis años al «Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta».

El art. 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 ofrecía un criterio para establecer cuándo es inexcusable la negligencia o ignorancia: cuando es «manifiestamente contraria a la Ley, o se hubiere faltado a algún trámite o solemnidad mandado observar por la misma, bajo pena de nulidad». En realidad, como en todo delito que se comete por imprudencia, lo decisivo es la omisión de un deber de cuidado que personalmente incumbe a un sujeto. Es decir, que una ignorancia o negligencia será inexcusable cuando falta aquella diligencia mínima que es exigible a cualquiera que desempeñe funciones judiciales, teniendo en cuenta también los conocimientos especiales que cabe atribuir al Juez en función del asunto de que trate (no es lo mismo el grado de conocimiento exigible a un Juez de Paz, a un Juez suplente, o a un Juez de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo especialista en la materia que juzga). La imprudencia debe ser grave, entendiéndose también como tal la ignorancia inexcusable, es decir, aquélla que con un mínimo de diligencia e interés por parte del Juez hubiera podido ser vencida (consultando la jurisprudencia y los textos legales, los conocimientos básicos de la materia que vienen en cualquier Manual y se supone debe conocer cualquier jurista o, en algunos casos, según el nivel del Juez de que se trate, los conocimientos especiales que deba tener sobre la materia).

El tipo subjetivo de la prevaricación dolosa (cfr. *supra*) no queda desvirtuado por las convicciones particulares, morales o inmorales, altruistas o miserables, patrióticas o partidistas, del Juez que dicta la resolución objetivamente injusta, sino si acaso por la ignorancia o el error jurídico burdo, que daría lugar a la aplicación del art. 447. También la decisión materialmente correcta, pero adoptada sin tener en cuenta o conculcando conscientemente las normas procedimentales, puede dar lugar a una prevaricación dolosa (cfr. STS 15 octubre 1999: «caso Gómez de Liaño»). Más discutible es la decisión de un juez que se aparta de una «doctrina consolidada del Tribunal Supremo», considerando que la suya es conforme a ley (cfr. STS 11 diciembre 2001: caso «Santiago Raposo», y comentario a la misma de Benlloch Petit, pp. 305 ss.).

La sentencia o resolución ha de ser *manifiestamente* injusta; por tal debe entenderse aquélla cuya injusticia es patente para terceros, aunque no lo sea para el Juez, ya que de ser éste consciente de la injusticia aparecería la forma dolosa (sobre el concepto de injusticia, véase lo dicho *supra*).

ACUSACIÓN Y DENUNCIA FALSAS

En nuestro Ordenamiento procesal penal son tres las formas de iniciar un proceso penal en sentido amplio: la denuncia, la querella y de oficio. Todas ellas pueden dar lugar a un delito de acusación y denuncia falsas, cuando los hechos delictivos objeto del futuro proceso se imputan falsamente a una persona. La acusación y denuncia falsas suponen, por tanto, un ataque a la Administración de Justicia, por cuanto implican la utilización indebida de la actividad jurisdiccional. Pero, al mismo tiempo, representan un ataque contra el honor del acusado o denunciado falsamente, sobre todo si la acusación o denuncia falsas trascienden a personas ajenas a la actividad jurisdiccional. Ambos bienes jurídicos son objeto de protección en el Capítulo V del Título XX, si bien el honor lo es sólo de un modo indirecto o subsidiario en el art. 456, ocupando el primer plano sólo cuando la imputación falsa del hecho delictivo no llega a constituir una acusación o denuncia falsas, encontrándonos entonces ante el delito de calumnia del art. 205. El art. 457, también recogido en el Capítulo V, tiene, en cambio, una función distinta, por lo que lo estudiaremos separadamente en el siguiente epígrafe (sobre la relación entre la calumnia y la acusación y denuncia falsas, cfr. QUINTERO OLIVARES, 1976, pp. 820 ss.; CÓRDOBA III, p. 1087; y MAQUEDA ABREU, p. 76).

> Dice el art. 456: «1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:
> 1º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.
> 2º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.
> 3º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta».

Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquier persona que haga la imputación falsa, incluso el funcionario público, aplicándose en este caso, si lo hace prevaliéndose de su cargo, la agravante 7ª del art. 22.

La acción consiste en la *imputación* de unos hechos a una persona. No basta que el denunciante o acusador se limite a expresar sus sospechas de que alguien ha cometido un delito, es preciso que lo atribuya de un modo claro y concreto a una persona determinada e individualizada aunque no se designe por su nombre (STS 20 octubre 1971). Ha de tratarse de una persona viva, distinta del acusador y una persona física («societas delinquere non potest»); la imputación falsa de un delito a una persona jurídica debe estimarse como injuria (véase *supra* capítulo XI). Esta imputación ha de adoptar la forma de denuncia o querella o cualquier otra que se asimile a éstas, por ejemplo, los atestados policiales (art. 297 LECrim.). MILLÁN GARRIDO (1973, p. 26) considera que deben admitirse todas aquellas formas con que «una persona ponga en conocimiento de la autoridad la comisión de un hecho delictivo, imputándoselo a otro sujeto». Esta interpretación es excesiva, ya que la única forma de imputar hechos delictivos por parte de un particular *ante un funcionario competente* es la denuncia o la querella. La puesta en conocimiento de hechos delictivos y la imputación falsa de ellos a una persona que no revista estas dos modalidades es atípica o, todo lo más, puede ser constitutiva de un delito de calumnia o injurias, salvo que pueda considerarse tentativa de la acusación y denuncia falsas, o simulación de delito. Las denuncias «anónimas» sólo tienen relevancia en la medida en que el anónimo denunciante sea posteriormente conocido (cfr. QUINTERO OLIVARES, 1976, p. 827).

Los hechos que se imputan deben ser subsumibles en algún tipo legal de injusto de un delito o falta. No es necesario que el denunciante los califique como tales ni es relevante que la calificación sea errónea (hurto en lugar del robo, por ejemplo).

La imputación ha de ser *falsa*. La falsedad es un dato objetivo que supone la discordancia total entre lo afirmado por el denunciante y lo realmente sucedido. La ausencia de este elemento objetivo puede dar lugar a alguna forma imperfecta de ejecución, si el denunciante cree erróneamente que la imputación que hace es falsa.

La falsedad ha de recaer sobre hechos o sobre la autoría de los hechos, no sobre su valoración. No comete, por ejemplo, este delito quien denuncia un homicidio, ocultando que hubo legítima defensa (así también MAQUEDA ABREU, p. 46) o quien acusa a un funcionario de prevaricación por estimar manifiestamente injusta su actuación (MAGALDI, ADP 1987, pp. 62 ss.). Naturalmente, nada impide en estos casos acudir, si fuera procedente, a la vía de la injuria, en cuanto de este modo puede lesionarse el honor del denunciado o acusado; o que posteriormente y en la medida en que el denunciante después actúe

como testigo en el proceso deponiendo falsamente sobre, por ejemplo, quién fue el verdadero agresor, haya un delito de falso testimonio. En general, como dice DÍAZ PITA (pp. 72 s.), la falta de relevancia típica del hecho hace que no pueda hablarse de acusación o denuncia falsa; lo importante es, pues, que haya una apariencia de verdad en la denuncia que pueda mover al órgano competente a iniciar las diligencias correspondientes. La imputación parcialmente falsa puede subsumirse en el art. 456 si la parte falsa de los hechos imputados es constitutiva de delito o falta. La falsa imputación de circunstancias agravantes o cualificadoras del tipo básico verdaderamente imputado no es constitutiva del delito del art. 456, aunque sí, por las razones ya dichas, pueda dar lugar a falso testimonio.

La imputación falsa ha de hacerse ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo debiera proceder a su averiguación y castigo (Policía, Guardia Civil, Juzgados, etc.). En el caso de tratarse de una querella, ésta debe ser presentada ante el Juez de Instrucción competente para investigar el delito (cfr. CÓRDOBA III, p. 1094; MAQUEDA ABREU, p. 52).

Tipo subjetivo

El dolo exige el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, especialmente el de la falsedad de la imputación. En la nueva regulación se equipara al conocimiento de la falsedad el hacer la imputación «con temerario desprecio hacia la verdad», fórmula con la que, igual que sucede en la calumnia y la injuria (cfr. arts. 205 y 208), se pretenden resolver los casos más graves de desfiguración de los hechos o de interpretación sesgada de los mismos de forma que lleve a una información falsa de la realidad, pero siempre que se considere que esta forma de imputación requiere por lo menos el «dolo eventual» respecto a la falsedad de la imputación, quedando fuera del tipo, en consecuencia, la imputación imprudente (véanse DÍAZ PITA, pp. 86 ss.; MAQUEDA ABREU, pp. 57 ss.; sobre la posibilidad de la imprudencia en la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 9ª ed., p. 773).

Perseguibilidad

> El apartado 2 del artículo 456 dispone que «no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Éstos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido».

La sentencia o el auto de sobreseimiento libre, según la doctrina y la jurisprudencia dominantes, son *condiciones objetivas de perseguibilidad* que no afectan a la existencia y consumación del delito, pero sí a su persecución procesal. La persecución viene, además, condicionada por la decisión del Juez o Tribunal que «mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación». Sin embargo, este párrafo no puede ser óbice para que, en todo caso, una vez que se haya dictado sentencia o auto firmes, el falsamente acusado o denunciado pueda ejercer penalmente sus acciones legales, como reconoce ahora expresamente el inciso segundo de este apartado 2. Según la STC de 6 de mayo de 1986, la condición objetiva de procedibilidad se da también en los supuestos de sobreseimiento provisional firme (en este sentido también CÓRDOBA III, pp. 1098 ss.; en contra MAGALDI, ADP 1987, p. 69; sobre la STC 34/1983, véase VIVES, en VIVES, Comentarios, p. 1915; FARALDO CABANA, p. 1308).

Concurso

Como ya se ha dicho, la similitud entre la acusación y denuncia falsas y la calumnia es grande, de tal modo que se estima que la calumnia queda subsumida por este delito (en este sentido, MAQUEDA ABREU, p. 76). El concurso será posible cuando la imputación falsa, además de hacerse ante el funcionario público, se haga ante particulares, fuera del ámbito oficial donde se puso la denuncia. Respecto a la simulación del delito y al falso testimonio, la acusación y denuncia falsas deben estimarse como prevalentes, absorbiendo a los otros dos delitos si forman parte de una misma maquinación tendente a asegurar la condena del imputado falsamente. Cabe también el concurso con unas detenciones ilegales, cuando, por ejemplo, el denunciado falsamente es detenido por la policía o condenado por el Tribunal, siempre que se admita la autoría mediata a través de estos órganos procesales (en contra QUINTERO OLIVARES, 1976, p. 847; en el sentido del texto, RUIZ VADILLO, en VARIOS, p. 95; GONZÁLEZ RUS, en Curso II, p. 503; MAQUEDA ABREU, p. 78; véase también *infra*: falso testimonio).

SIMULACIÓN DE DELITO

> Dice el art. 457: «El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente provocando actuaciones procesales, será castigado con la multa de seis a doce meses».

Este delito surgió en la reforma de 1944 para cubrir la laguna que supone la exigencia de que la acusación y denuncia falsas se dirijan contra una persona determinada distinta del denunciante. Fuera de la acusación o denuncia falsas quedaban una serie de supuestos de iniciación indebida del proceso penal: autodenuncia, simulación de delito sin acusar a nadie en concreto, etc., cuya punibilidad se logra con la tipificación expresa de la simulación de delito, que tiene su propio ámbito aunque se regule juntamente con la acusación y denuncia falsas en el Capítulo V del Título XX. El bien jurídico protegido en este delito es el normal funcionamiento de la actividad judicial, que no debe ser puesta inútilmente en movimiento (STS 29 marzo 1974 y RODRÍGUEZ MOURULLO, RGLJ 1966, p. 8; CÓRDOBA III, p. 1188; GONZÁLEZ RUS, en Curso II, p. 504).

Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquiera, incluso un funcionario público. Sujeto pasivo es el Estado encargado de la Administración de Justicia y, en cuanto la simulación afecte a otros bienes jurídicos y realice otros delitos, la persona titular de esos otros bienes jurídicos.

La acción se tipifica de un modo alternativo. En primer lugar, consiste en «simular ser responsable o víctima de una infracción penal». *Simular* significa desfigurar esencialmente la realidad, fingiendo o imitando lo que no es. Lo mismo se simula cuando se relata un hecho que no ha existido que cuando se relata uno esencialmente distinto al realmente sucedido. Esto significa en el plano jurídico-penal que lo mismo se simula un delito cuando se finge uno no realmente cometido, que cuando se da a entender que se ha cometido uno esencialmente distinto al realmente cometido (STS 29 marzo 1974). No basta, por tanto, que se simulen circunstancias agravantes o atenuantes o meras cualificaciones o atenuaciones del delito realmente cometido.

En segundo lugar, la acción también puede consistir en denunciar una infracción penal «inexistente»; por ejemplo, en la mera simulación de un delito, sin atribuirse el simulador la cualidad de responsable o víctima. Este hecho era atípico en el Código penal anterior, pero ahora, al tipificarse expresamente, se colma una laguna que era difícilmente solucionable por la vía interpretativa en la regulación anterior.

El art. 457 también es aplicable aunque el delito se haya cometido realmente, pues puede haber simulación de delito si alguien se atribuye la cualidad de responsable o víctima sin serlo. Por «responsable» debe entenderse responsable criminalmente de un delito o falta (art. 27), y por «víctima» el titular del bien jurídico o de uno de los bienes jurídicos protegidos en el delito simulado, realmente cometido o no.

«Infracción penal» significa toda acción u omisión subsumible en un tipo legal de injusto cuya averiguación y castigo corresponde a la autoridad judicial (por tanto, también las faltas). Es irrelevante el grado de ejecución en que se impute cometido el delito (tentativa).

El hecho de que la simulación tenga que llevarse a cabo, igual que en el delito de acusación y denuncia falsa, «ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior», es decir, los habilitados para recibir denuncias o querellas (funcionario judicial o administrativo), limita el tipo a aquellas simulaciones que se realizan formalmente compareciendo ante la autoridad, excluyendo aquellas simulaciones materiales o indirectas, como el fingir o alterar las huellas o cualquier otro elemento probatorio (en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, RGLJ 1966, pp. 14 s.; en contra GONZÁLEZ RUS, en Curso II, p. 506).

La simulación debe ser idónea para «motivar una actuación procesal». La naturaleza de este elemento es compleja y difícil. La jurisprudencia y parte de la doctrina venían considerando tradicionalmente que se trataba de una condición objetiva de penalidad totalmente desconectada de la actuación e intención del sujeto que, caso de no producirse, determinaba la inexistencia del delito (véanse, por ejemplo, STS 6 octubre 1969; FERRER III, p. 438, aunque deplorando tal solución; y PUIG III, p. 272). Sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO (RGLJ 1966, p. 21) considera con mejor criterio que el «motivare una actuación procesal» debe considerarse como el resultado del delito que, caso de no producirse, sólo determina la estimación de las formas imperfectas de ejecución. De aquí se deduce que la simulación debe ser idónea para ello y ser susceptible de «provocar» la actuación procesal que, si bien no depende exclusivamente de la voluntad del simulador, debe estar conectada causalmente a la simulación (en este sentido también CÓRDOBA III, p. 1195; GONZÁLEZ RUS, en Curso II, p.

506). VIVES (Comentarios, p. 1917) la considera como una «situación típica» o condición objetiva de penalidad; QUINTERO (Comentarios, p. 1959) parece también asignarle esta naturaleza, en la medida en que exige que se dé para su consumación y, al mismo tiempo, considera que es el modo elegido para seleccionar las acciones relevantes; pero posteriormente le da relevancia a la *retractación*, lo que supone admitir un desistimiento voluntario en la tentativa (cfr. *infra*).

«Actuación procesal» es toda actuación del órgano jurisdiccional provocada por la simulación del delito. No son actuaciones procesales las simples averiguaciones policiales, atestados, etc.

Tipo subjetivo

De la propia naturaleza de la acción «simulare» se deduce el carácter doloso, con dolo directo, de este delito. Es imaginable, sin embargo, un dolo eventual respecto al «motivare una actuación procesal».

Causas de justificación

Es discutible hasta qué punto es aplicable el estado de necesidad a este delito. La simulación de un delito se lleva a cabo muchas veces para ocultar el delito realmente cometido y a través de ella se intenta desviar las sospechas o encubrirlo. Desde el punto de vista del autor, éste se encuentra en una situación de necesidad, la propia incriminación; pero dicha situación ha sido provocada intencionalmente por él, si se trata de un delito doloso, lo que determina la ausencia del requisito 2º del art. 20,5º. El que simula haber sido víctima de un atraco para cometer una apropiación indebida o un alzamiento de bienes añade un nuevo ataque a otro bien jurídico distinto del originario. El autoencubrimiento deja de ser impune cuando supone la realización de un nuevo delito (cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, RGLJ 1966, pp. 41 ss.).

Formas imperfectas de ejecución

Si la simulación no llega a motivar actuación procesal alguna, cabrá apreciar tentativa. Si la actuación procesal no llega a producirse por *retractación* del simulador, podrá apreciarse la impunidad por desistimiento, si éste es voluntario. Si la retractación se produce tras haberse iniciado la actuación procesal, sólo cabe apreciar la atenuante 5ª del art. 21 (por ej., el caso de no ratificación ante el juez que ha iniciado ya las pesquisas).

Concurso

La simulación puede servir como medio para ejecutar otro delito (por ejemplo, un alzamiento de bienes o una estafa) o para ocultar uno realmente cometido (hurto, robo), siendo aplicable en el primer caso el art. 77 y en el segundo el art. 73. La simulación de delito queda absorbida por la acusación y denuncia falsas, pero no por el falso testimonio, con el que puede entrar en concurso real cuando se producen en momentos procesales distintos: en la iniciación del proceso el primero, en el sumario o en el juicio oral el segundo. En los casos en que la simulación del delito se lleve a cabo en el momento del falso testimonio, la STS de 17 de marzo de 1969 considera de preferente aplicación este último delito.

FALSO TESTIMONIO

La inclusión del falso testimonio entre los delitos contra la Administración de Justicia es la última fase de una larga evolución que se inicia con la consideración del testimonio falso como un delito contra la Divinidad, cuyo nombre se jura en vano, o contra la persona que puede ser condenada a consecuencia de la falsa declaración, y se continúa hasta épocas recientes con la concepción de que es un delito contra la fe pública.

Todavía está presente, aunque de un modo indirecto, la concepción religiosa en la actual regulación, por cuanto se exige el juramento previo (o promesa de decir verdad) a la presentación del testimonio. Pero el falso testimonio no puede ser confundido con el perjurio, ya que lo importante no es la mendacidad a pesar del juramento de decir verdad, sino la mendacidad en sí, en cuanto incide en algún extremo esencial del proceso.

Tampoco tienen ya la relevancia que antaño tuvieron, por imperativo del principio talional, los bienes jurídicos personales del acusado o del afectado por el falso testimonio, ya que este delito se castiga ahora independientemente del contenido de la decisión judicial en sí, sin perjuicio de las hipótesis concursales a que haya lugar. Todavía, sin embargo, existe una cierta reminiscencia del principio talional en el hecho de que se tenga en cuenta, para agravar o atenuar la pena, si

el falso testimonio fue dado a favor o en contra del reo o si dio lugar o no a una sentencia condenatoria.

Tras la reforma de 1932, el falso testimonio se distingue con facilidad de los delitos contra la fe pública por ser la Administración de Justicia y concretamente la fase probatoria del proceso judicial un bien jurídico mucho más preciso y determinado que la genérica fe pública que se protege en el Título XVIII.

El falso testimonio es, por tanto, en su configuración actual un delito contra la Administración de Justicia y concretamente contra la pureza de la fase probatoria en un proceso judicial, aunque todavía haya que recurrir a algunos hitos de su evolución histórica para la comprensión cabal de toda su problemática (cfr. HERNÁNDEZ GUIJARRO, pp. 366 ss., MILLÁN GARRIDO, DJ 1979, p. 137; MAGALDI PATERNOSTRO, Barcelona 1987, pp. 114 ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, pp. 29 ss.).

Presupuesto del tipo

De la naturaleza del falso testimonio como un delito contra la fase probatoria de un proceso judicial se desprende, como señala TORÍO LÓPEZ (pp. 46 ss.), que el presupuesto del tipo esté formado por la existencia previa de un proceso civil o penal en el que el testimonio se presta. El Código penal habla a este respecto de «causa judicial», debiendo entenderse por tal los procesos judiciales en los que se actúa la Jurisdicción. Una declaración testimonial que no tenga lugar durante un proceso de este tipo no puede dar lugar a un delito de falso testimonio, aunque sí a otros de otra naturaleza (cfr. por ej. art. 502,3: falso testimonio en comisiones parlamentarias). El art. 458,2 le da un tratamiento especial al falso testimonio en causa criminal, por tal deben entenderse los procesos penales ordinarios por razón de delito. El falso testimonio también puede darse en otro tipo de procesos judiciales, como son, por ejemplo, los procesos civiles en los que se ventilan negocios entre las partes contradictoriamente (no los de la jurisdicción voluntaria) o los que se llevan a cabo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa y la Jurisdicción laboral. El apartado 3 del art. 458 hace extensivas las penas de los apartados anteriores al falso testimonio prestado «ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero» (cfr., sin embargo, art. 471 bis).

Tipo objetivo

El círculo de los sujetos activos se limita al testigo y al perito o intérprete. Se trata, por tanto, de un delito especial, pero, al mismo tiempo, de propia mano, pues sólo los que tengan estas cualidades pueden cometer el delito, si además tienen que actuar en calidad de tal, actuación que no puede ser delegada o realizada por otras personas. Ello plantea algunos problemas en relación con la participación en este delito de las personas que no tienen estas cualidades, que se resuelven en tipos específicos (véase *infra*). Las nociones de testigo y perito o intérprete han de extraerse del Ordenamiento procesal civil y penal. Testigo es la persona que interviene en un proceso para decir cuanto sabe acerca de hechos relacionados con el objeto del proceso, con finalidad probatoria. Perito es la persona que interviene en el proceso para declarar, con finalidad probatoria, acerca de hechos relativos al objeto del proceso, siendo para ello necesario poseer determinados conocimientos específicos científicos, artísticos o prácticos. Al perito se equipara expresamente el intérprete; tanto uno como otro son testigos cualificados, de ahí que sean tratados con mayor severidad, configurándose en el art. 459 un tipo cualificado: «Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años». (Sobre las incapacidades, incompatibilidades, modos y formas de declarar como testigo o perito, véanse los arts. 410 y ss. LECrim. y 335 y ss. y 360 y ss. LEC).

> El acusado en un proceso penal no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni de declararse culpable (art. 24,2 CE), por tanto, no puede cometer falso testimonio si declara falsamente. Tampoco el *coimputado* está obligado a declarar y su declaración contra otros coimputados carece del valor de prueba, entre otras cosas, porque aunque sea falsa no le supone ninguna responsabilidad penal por falso testimonio (véase MUÑOZ CONDE, 1998, pp. 33 s.; cfr., sin embargo, STS 29 julio 1998: «caso Marey»).

La acción del perito o testigo consiste en prestar una declaración en un proceso de los ya señalados. En principio, el testimonio radica, como indica TORÍO LÓPEZ (p. 52), en la *expresión* de algo, no en *silenciar* algo, es decir, en una acción, no en una omisión. Esta opinión debe ser sin embargo matizada, pues, como el mismo TORÍO dice, «la declaración constituye una unidad que debe ser valorada en su

conjunto». En la lingüística moderna se ha puesto de relieve que tan importante como lo que se dice es lo que no se dice o se sobreentiende. En un proceso penal el testigo puede omitir decir que el procesado iba acompañado de otra persona, o el perito silenciar determinados hechos averiguados con su peritaje. Estos casos infringen el deber de veracidad al que el testigo y el perito se comprometen con su juramento y deben valorarse como falsos testimonios por omisión, salvo que no supongan una alteración sustancial de la verdad (cfr. *infra* y art. 460). En la práctica, sin embargo, el sistema de dirigir preguntas específicas por las partes o por el Juez a los testigos y peritos convierte muchas de estas omisiones en acciones positivas, por ejemplo, cuando se pregunta al testigo si conoce un hecho y éste manifiesta desconocerlo totalmente, siendo así que lo conoce. Cosa distinta es el silencio total, la negativa a contestar, que se puede considerar como desobediencia grave a la autoridad.

En todo caso, la declaración ha de afectar a algún extremo esencial del proceso, es decir, debe tener alguna significación probatoria. El art. 460 castiga con multa de seis a doce meses y, en su caso, suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio de seis meses a tres años al testigo, perito o intérprete que, «sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos». Es difícil imaginar una «inexactitud» que no altere sustancialmente la verdad. La «reticencia» constituye más bien una modalidad omisiva. Y respecto al «silencio» ya hemos visto antes que puede constituir incluso una forma de falso testimonio. En todo caso, las conductas previstas en el art. 460 deben ser aptas para provocar una reproducción errónea de extremos importantes del proceso, alterando su significación probatoria. La declaración puede consistir en juicios de hechos o en juicios de valor, siendo irrelevante el que constituyan datos objetivos o subjetivos de convencimiento.

Salvo en los casos previstos en el art. 460, la declaración del testigo, perito o intérprete ha de ser *falsa*. Como ya antes se ha dicho respecto a la acusación y denuncia falsas, la falsedad es un dato objetivo consistente en una contradicción entre lo declarado por el sujeto y la realidad (*teoría objetiva de la falsedad*). El juicio sobre la veracidad de la declaración es un juicio objetivo que debe realizarse con un criterio objetivo también: la comparación entre lo declarado y la realidad. Todo ello independientemente del error o de la ignorancia, de los conocimientos y saberes del declarante en cuestión cuya problemática afecta al tipo subjetivo, que seguidamente pasamos a estudiar (para más detalles, véase TORÍO LÓPEZ, pp. 54 ss.).

La *credibilidad del testigo* debe ser valorada por el Juez o Tribunal en un determinado contexto, teniendo en cuenta también la corroboración de sus declaraciones por otras fuentes de información. Pero en relación con esta prueba hay que tener en cuenta una serie de limitaciones que impiden que, por ejemplo, tengan que declarar obligatoriamente las personas que pueden dar más información sobre el acusado (sus padres, su cónyuge). El propio acusado está exento de declarar y, si lo hace, su declaración no debe, por las razones ya dichas, considerarse en sí misma como prueba cuando es incriminatoria de otros acusados. Especiales dificultades plantea en muchos casos el testimonio del testigo víctima de los delitos sexuales, agravadas además porque estos hechos se suelen cometer en la intimidad y sin la presencia de otros testigos. Cuando las víctimas de estos delitos son menores hay que contar además con la dificultad adicional de la psicología del menor, su diferente percepción e interpretación de la realidad, cuando no ya directamente con la posibilidad de que mienta o fantasee. Sin embargo, cuando la víctima de estos delitos es una mujer, la tendencia jurisprudencial es concederle a su testimonio una gran credibilidad conforme al principio establecido, gracias a los esfuerzos de los movimientos feministas, por un Jurado en Indiana (EEUU) en el caso Mike Tysson, famoso campeón de boxeo acusado de haber violado a una mujer que subió voluntariamente con él a la habitación de un hotel, de que cuando una mujer dice no es que no («no means no»), prohibiéndose, en consecuencia, que su conducta previa o su forma de vida (prostitución) se pueda utilizar como prueba de un consentimiento «presunto» (véase FLETCHER, pp. 169 ss.; véase también GRACIA MARTÍN, 1998, quien, sin embargo, critica la jurisprudencia que llega a condenar al acusado de violación con el solo testimonio de la víctima; recuérdese, no obstante, que aquí estamos hablando de credibilidad del testimonio, no de que éste, como sucede en el caso de la declaración del coimputado, no pueda ser valorado como prueba).

También plantea problemas la *credibilidad del perito*, sobre todo cuando hay resultados periciales contradictorios que se derivan de la propia incapacidad que a veces tienen las ciencias empíricas para establecer lo realmente sucedido. Ciertamente ello depende muchas veces del objeto mismo de la pericia. La trayectoria de una bala o el nivel de alcohol en sangre son cuestiones que se pueden establecer de acuerdo a un método empírico universalmente admitido que arroja pocas dudas respecto a los resultados. La prueba psiquiátrica sobre la imputabilidad del acusado ofrece, sin embargo, mayores contradicciones entre los especialistas, hasta el punto de que las opiniones periciales pueden ser totalmente contradictorias. Sin embargo, en la medida en que se llegue a ellas aplicando una metodología científica generalmente admitida es difícil que se pueda derivar una imputación por falso testimonio, además de las dificultades que encierra en estos casos probar la conciencia de la falsedad que, como seguidamente vamos a ver, es el elemento básico del tipo subjetivo de este delito (cfr., sin embargo, *infra* y art. 460).

Tipo subjetivo

El falso testimonio doloso exige el conocimiento de la falsedad de lo declarado. Conforme a la teoría objetiva de la falsedad aquí defendida es posible que el testigo o perito, por negligencia o imprudencia, emitan una declaración objetivamente falsa. Sin embargo, esta realización imprudente del falso testimonio no está prevista especialmente, ni siquiera en su forma de «temerario desprecio a la verdad», por lo que habrá que entender punible sólo el testimonio con dolo directo («maliciosamente» debe ser, según el art. 459, en el caso de los peritos e intérpretes).

Como antes se ha dicho, el art. 460 introduce una extraña variante del falso testimonio que incide fundamentalmente en el tipo subjetivo. La doctrina califica este precepto de falso testimonio parcial o impropio y critica la inseguridad jurídica que provoca su redacción; más que de un falso testimonio (pues no se falta sustancialmente a la verdad) se trata de una maniobra de distracción o de obstaculización de la labor investigadora de los hechos que corresponde al Juez o Tribunal, aunque las reticencias, inexactitudes, o el silencio de los hechos o datos relevantes, son conductas dolosas que difícilmente pueden quedar excluidas del falso testimonio, salvo que no alteren sustancialmente la verdad (cfr. QUINTERO, Comentarios, p. 1972; VIVES, en VIVES, Comentarios, p. 1920; GONZÁLEZ RUS, en Curso II, p. 526; BERNAL VALLS, pp. 167 ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, pp. 687 ss.).

Causas de justificación

La posibilidad de que a consecuencia de la declaración verdadera se derive un mal para el declarante, como por ejemplo su propia incriminación, puede fundamentar un estado de necesidad. Se trata de una causa de no exigibilidad de otra conducta en la que naturalmente deben concurrir los elementos integrantes del estado de necesidad (véase STS 31 marzo 1881; en este sentido CUELLO II, p. 324, nota 2, y FERRER III, p. 409. De otra opinión VIVES, en VIVES/ BOIX, p. 282, para quien sería de aplicación la eximente 7ª del art. 20, pues en definitiva se trata del ejercicio del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo). En los casos en los que el sujeto no está obligado a declarar (arts. 416 a 418 LECrim.), y en general en todos aquellos en los que está obligado a guardar secreto, habrá una causa de atipicidad más que una causa de justificación, pues si efectivamente el sujeto está en su derecho a no declarar, realmente no es testigo o perito respecto a los hechos sobre los que debe guardar secreto (véase BERNAL VALLS, en VARIOS, p. 201, que diferencia las diversas clases de secretos; sobre los límites al deber de secreto frente a la Administración de Justicia, véase *infra:* capítulo XLI, el epígrafe causas de justificación en el delito de violación de secretos).

Formas imperfectas de ejecución y retractación

Cabe apreciar tentativa cuando la declaración es objetivamente verdadera, pero el sujeto que la emite cree que es falsa.

El delito se consuma con la realización de la declaración ante el órgano judicial competente. El art. 462 regula expresamente la *retractación*: «Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate». Pero si a consecuencia del falso testimonio se hubiera producido la privación de libertad de alguien, las penas sólo se atenúan. El art. 715 LECrim. establece que sólo habrá lugar a proceder contra los testigos cuando el falso testimonio haya sido vertido en el juicio oral; pero este precepto no debe entenderse como una declaración de que sólo es admisible el falso testimonio en un proceso penal en el juicio oral, sino solamente como una posibilidad de retractación en el juicio oral de lo declarado en la fase sumarial que, por razones de política criminal, se concede al testigo (cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, pp. 1399 ss.).

Autoría y participación

El falso testimonio es un delito especial y de propia mano; autores en sentido estricto sólo pueden serlo, por tanto, aquellas personas que tengan las cualidades exigidas en el tipo: testigo, perito o intérprete y que estén en condiciones de realizar la acción típica, la declaración testifical o pericial, o la traducción. No cabe, pues, la coautoría de extraños, ni la autoría mediata, pero sí la participación. El art. 461,1 prevé un supuesto concreto de participación: «El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores». La STS de 25 de septiembre de 1974 calificó acertadamente un precepto similar en el anterior Código penal como una forma de participación elevada a la categoría de delito independiente. Pero este precepto puede resolver también problemas de autoría mediata, cuando el testigo o perito no sabe que su testimonio es objetivamente

falso, extremo que sí conoce, en cambio, o incluso provoca el que lo presenta en calidad de tal. El actual apartado segundo de este artículo (anterior apartado 3º antes de la LO 15/2003, que ha suprimido la mención expresa de la presentación en juicio de «elementos documentales falsos», que prácticamente coincidía con los delitos previstos en los arts. 393 y 396) impone la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial, cuando el responsable del delito previsto en el art. 461,1 fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de sus funciones.

Concurso

Las diversas declaraciones falsas realizadas por el mismo sujeto en un mismo proceso deben estimarse como un solo delito de falso testimonio. Si el que declara falsamente es el mismo que acusa o denuncia falsamente, debe considerarse el falso testimonio como un acto posterior impune del delito de acusación y denuncia falsas.

> La mención expresa entre estos delitos de la presentación en juicio de «elementos documentales falsos», que se preveía como delito en el art. 461,2 y que planteaba problemas concursales con los delitos de falsificación documental, ha sido suprimida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por lo que ahora resultarán aplicables los arts. 390 y ss. (especialmente los arts. 393 y 396; cfr. *supra* capítulo XXXI).

En relación con el concurso entre el falso testimonio y las detenciones ilegales o incluso el homicidio (cuando estaba en vigor la pena de muerte), la cuestión es controvertida. No cabe duda de que un testimonio o un peritaje decisivos pueden motivar la decisión judicial en uno u otro sentido. En el falso testimonio en causa criminal se tiene ya en cuenta si la declaración ha sido o no contraria al reo y si ha provocado sentencia condenatoria. Pero ello sólo afecta a la gravedad de la pena y no hay inconveniente para admitir la posibilidad de incriminar al testigo o perito falsos por la privación de libertad e, incluso, de vida (cuando existía la pena de muerte) que la decisión judicial implique. Una tesis formalista que considere que la intervención judicial interrumpe el nexo causal desconoce, a mi juicio, la realidad que diariamente muestra cómo un testimonio o un peritaje deciden la condena o absolución del inculpado, por más que el juez sea libre en la valoración de la prueba. Sucede aquí lo mismo que en la acusación y denuncia falsas. El testigo o perito actúa en estos casos como un

auténtico «autor mediato», sirviéndose del Tribunal como instrumento (en contra de la tesis mantenida en el texto, Córdoba III, p. 1133: «discutible»; con reservas Millán Garrido, DJ 1979, p. 167; a favor del concurso con cualquier otro delito en el que se tutele el derecho del que se ve privado el sujeto como consecuencia de la sentencia injusta, González Rus, en Curso II, p. 520).

Penalidad

El delito de falso testimonio se castiga con más pena si se da en contra del reo en causa criminal por delito (prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses). Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído además sentencia condenatoria se impondrán las penas superiores en grado (art. 458,2); esta cualificación debe ser abarcada por lo menos con dolo eventual (así Faraldo Cabana, p. 1316). Para la persecución de este delito no es necesaria, en contra de lo que entendía una antigua jurisprudencia, ninguna declaración expresa en este sentido del Tribunal que entendió la causa (cfr. STC 30 septiembre 1985).

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA Y DESLEALTAD PROFESIONAL

La reforma de 1983 introdujo en el anterior Código penal un delito contra la libertad de las partes, testigos, peritos e intérpretes en un proceso que constituye ahora el art. 464. Como la praxis puso de relieve no se agotan, sin embargo, con estas conductas las posibles obstrucciones a la labor de la Justicia que se pueden dar en un proceso. También cabe, por ejemplo, que el testigo deje simplemente de comparecer, cuando ha sido citado legalmente, ante un Tribunal; o que lo haga una de las partes o sus representantes legales, impidiendo con ello la celebración del juicio; o que el abogado o procurador destruyan documentos procesales importantes que tuvieran en su poder por razón de su oficio. Por otra parte, existen conductas de deslealtad profesional en el ejercicio de las profesiones de abogado o procurador que perjudican el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica. Por todo ello, el Capítulo VII del Título XX tipifica ahora unitariamente estos delitos que inciden en aspectos fundamentales de la Administración de Justicia que no tienen adecuada protección en base a otros preceptos del Código penal.

A) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE LAS PARTES, PERITOS Y TESTIGOS EN EL PROCESO

> Dice el art. 464: «1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.
> Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.
> 2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos».

En este precepto se recogen, en realidad, dos delitos distintos, aunque ambos tengan la misma finalidad y sean reconducibles al mismo bien jurídico. El apartado 1 recoge las acciones violentas o intimidatorias realizadas sobre denunciantes, partes, abogados, procuradores, peritos, testigos o intérpretes para influir en su actuación procesal (retractarse de la denuncia, desistir de la acción, dejar de prestar declaración, informe o traducción o prestarlas desviadamente). Se trata, pues, de atentados genéricos a la libertad ya punibles conforme a los delitos de coacciones o amenazas. La tipificación expresa de estos comportamientos no tiene otro sentido que el agravatorio (cfr. por ej. las penas de este precepto con las de los arts. 169 a 172).

Lo mismo sucede con el apartado 2, aunque aquí, a diferencia de lo que sucede en el apartado 1, se trata no tanto de influir en la actuación procesal de alguna persona, como de ejercer represalias por una actuación ya realizada. La represalia, es decir, el ánimo de venganza, es, pues, como dice CANTARERO BANDRÉS (p. 120), un elemento subjetivo específico que da autonomía a este tipo delictivo (cfr. también SSTS 15 marzo 1990 y 12 noviembre 1991). La realización de represalias contra partes procesales o sus representantes, testigos o peritos, debe constituir además, para ser subsumible en este apartado, un acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes de las personas, con el que puede entrar en concurso («sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos»), a no ser que respecto a los bienes sea aplicable la agravación del delito de daños prevista en el art. 264,1,1º. Es de deplorar, sin embargo, que no se haya extendido el tipo a las represalias contra parientes o allegados de las personas citadas en el apartado 1.

Ambos preceptos obedecen a una realidad evidente, desgraciadamente frecuente, y pretenden, pues, dar un tratamiento más severo a conductas que ya son constitutivas de delito, pero dándole autonomía típica en función de su incidencia en la Administración de Justicia. En lo demás presentan los mismos problemas que los correspondientes delitos contra la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual o los bienes que constituyen su base típica (para más detalles, véanse CANTARERO BANDRÉS, MANJÓN-CABEZA y CONDE-PUMPIDO, así como la STS 9 mayo 1986).

B) INCOMPARECENCIA

El art. 463 tipifica diversos supuestos de incomparecencia de sujetos intervinientes en un proceso penal que pueden provocar su suspensión. El derecho a un proceso rápido y sin dilaciones es un derecho constitucional ya bastante vulnerado por la propia lentitud de la Administración de Justicia, imputable la mayoría de las veces a déficits burocráticos o de funcionamiento de los que es responsable la propia Administración. Pero otras veces se debe a la propia incuria, cuando no a mala fe de los diversos intervinientes en el mismo. Cuando ello es así se lesionan no sólo el derecho constitucional antes aludido, sino la propia funcionalidad de la Administración de Justicia. Especialmente preocupante es que ocurra esto en el proceso penal cuando el reo se encuentra en prisión preventiva que no puede ser dilatada, por haberse agotado ya el tiempo máximo en que puede estar en prisión preventiva, y tiene que ser puesto en libertad. En este caso, la incomparecencia sólo es punible, según el apartado 1 del art. 463, si «provoca la suspensión del juicio oral» (*condición objetiva de penalidad*; penas: prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses). Cuando el reo no estuviere en prisión provisional, la incomparecencia sólo es delito cuando se dé por segunda vez, habiendo sido advertido, haya provocado o no la suspensión (la pena es multa de seis a 10 meses).

En el caso de que el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, se le impondrán las penas anteriores en su mitad superior y la de inhabilitación especial

para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años (art. 463,2).

En ambos casos, el hecho sólo es delito si el sujeto dejare voluntariamente de comparecer sin justa causa. Se trata, por tanto, de un delito de omisión pura, de desobediencia al Juzgado o Tribunal que haya citado al sujeto en forma legal en lo que se refiere a los sujetos citados en los apartados 1 y 2; pero cuando se trate de incomparecencia del propio Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial (art. 463,3) se trata más bien de una infracción disciplinaria elevada a la categoría de delito por la propia importancia y gravedad del hecho (penas: prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años).

C) DESLEALTAD PROFESIONAL DE ABOGADOS Y PROCURADORES

En los arts. 465 a 467 se tipifican determinados comportamientos de «deslealtad profesional» de abogados y procuradores en el ejercicio de sus profesiones, tanto frente a la propia Administración de Justicia, lo que justifica su inclusión en el Título XX, como frente a sus clientes, lo que más lejanamente afecta a la propia Administración de Justicia. Se trata, pues, de delitos especiales, que sólo pueden ser cometidos por aquellas personas que tengan formalmente y no sólo de hecho la categoría de abogado o procurador, mediante la inscripción en el correspondiente Colegio profesional (algunas de las conductas descritas en estos artículos pueden ser también cometidas por un particular, cfr. *infra*).

a) Deslealtad de abogados y procuradores frente a la Administración de Justicia

En los arts. 465 y 466 se tipifican hechos que ya están previstos como delitos contra la Administración Pública (cfr. arts. 413 a 418), pero que en el caso de los abogados y procuradores sólo son punibles en la medida en que afecten a su función dentro de la Administración de Justicia, como depositarios de determinados documentos (lo que da lugar al delito de infidelidad en la custodia de documentos castigado en el art. 465 con pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo

o cargo público de tres a seis años; y de multa de tres a seis meses, cuando fuere cometido por particular) o como conocedores de hechos declarados secretos por la autoridad judicial, como por ejemplo el secreto sumarial (lo que da lugar al delito de descubrimiento de secretos previsto en el art. 466, punible también, según el apartado segundo, para el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, con las penas del art. 417 en su mitad superior; y para el particular que, según el apartado 3, intervenga en el proceso). Ninguna particularidad representan estos delitos respecto a sus homónimos contra la Administración Pública, por lo que nos remitimos a lo que decimos al respecto en el capítulo XLI.

b) Deslealtad de abogados y procuradores frente a sus clientes

El art. 467 tipifica dos modalidades de deslealtad:

– El apartado 1 castiga con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años al «abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios». El precepto tiene en cuenta el carácter contencioso de los litigios en los que hay dos partes enfrentadas, con intereses opuestos. Es lógico, por tanto, que el abogado o procurador que representa a una de las partes no pueda pasar después a representar o asesorar a la parte contraria, salvo que sea autorizado expresamente para ello por su anterior cliente. El delito no requiere, sin embargo, que se haya tomado efectivamente la defensa o representación de una persona (por ej. a través del correspondiente poder), ya que también es posible aunque sólo haya una actividad de asesoramiento. Sin embargo, para que el asesoramiento pueda dar lugar a la comisión de este delito se requiere que el abogado o procurador haya llegado efectivamente a tener conocimiento del asunto, no bastando, por tanto, una simple conversación o entrevista en la que sólo se revelan hechos notorios o datos sin trascendencia para el asunto en cuestión (así ya PACHECO II, p. 412; STS 3 abril 1974).

– El apartado 2 castiga con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años al «abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le

fueren encomendados». Este apartado prevé también la punición de «los hechos» (a pesar del plural estimo que sólo se refiere al previsto en este apartado) realizados por imprudencia grave. Una forma de perjuicio para el cliente puede ser la revelación de hechos de carácter secreto, que el cliente no quiere que se conozcan, aunque su divulgación pudiera beneficiarle jurídicamente (por ej. la revelación de la impotencia de un acusado de violación). La cuestión es, sin embargo, discutible, ya que en el nuevo Código se ha eliminado esta modalidad que sí figuraba en el antiguo art. 360 (véase MUÑOZ CONDE, 9ª ed., p. 811), debiendo ahora acudirse al régimen general de la revelación del secreto profesional del art. 199,2, que sería en este caso de preferente aplicación.

Lo que sí constituye claramente un perjuicio para el cliente es el supuesto que motiva la STS de 10 de marzo de 1992, en el que el abogado utiliza la información sobre el estado registral de un inmueble de su cliente para acudir a la subasta y quedarse con el mismo a bajo precio, después de haber desalentado al cliente exigiéndole una alta provisión de fondos para encargarse del caso (fue absuelto por el Tribunal Supremo, que estimó que en el momento de la subasta ya no existía la relación con el cliente), y también el de la STS de 10 de septiembre de 1990, en el que el abogado falsificó una sentencia para decirle al cliente que el asunto se había ganado y cobrarle la minuta (en este caso el abogado fue condenado, aunque había indemnizado al cliente, estimando el TS que el perjuicio podría ser también moral, véanse los comentarios a estas sentencias de FELIP I SABORIT, pp. 769 ss.).

Téngase en cuenta que, además, en estos casos existe la correspondiente responsabilidad corporativa ante el Colegio de abogados o procuradores por la falta de ética profesional.

CAPÍTULO XL

Quebrantamiento de condena. Realización arbitraria del propio derecho. Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución. Encubrimiento. Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALAMILLO CAMILLAS, *La solidaridad humana en la ley penal*, Madrid 1962; BAJO FERNÁNDEZ, *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid 1976; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, Barcelona 1955; CORCOY BIDASOLO, *El quebrantamiento de condena*, ADP 1992; DE LA MATA BARRANCO, *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid 1995; DEL ROSAL, *Del sentido realista de la interpretación penal, en base a la infidelidad en la custodia de presos*, ADP 1962; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La configuración del dolo en una omisión del art. 338 bis del CP. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 8 de octubre*, La Ley 1991; el mismo, *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?*, PJ 1991; FARRÉ TREPAT, *Casos límite entre el encubrimiento y la receptación*, ADP 1988; FERRIS ALBENCA, *La realización arbitraria del propio derecho*, ADP 1988; GARCÍA MIGUEL, *Delitos contra la Administración de Justicia*, DJ 1983; GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, Madrid 1988; GONZÁLEZ GUITIÁN, *Dos problemas del artículo 334 del Código penal. (En torno al delito de quebrantamiento de condena)*, EPC 1977/1978; HERRERO TEJEDOR, *¿Puede el delito de infidelidad en la custodia de presos ser cometido por imprudencia?*, RGLJ 1950; HUERTA TOCILDO, *Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*, La Ley 1983 (también en RFDUC 1983 y en Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Madrid 1987); LORENZO SALGADO, *El quebrantamiento de determinadas decisiones judiciales*, EPC 1979/1980; LUZÓN PEÑA, *Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980 (también en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982); el mismo, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, La Ley 1986; MAGALDI PATERNOSTRO, *Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho*, ADP 1992; MAGALDI/ GARCÍA ARÁN, *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal*, DJ 1983; MAPELLI CAFFARENA, *Quebrantamiento de condena y evasión de presos*, REP 1991; MAQUEDA ABREU, *Comentario a la STS 4 octubre 1982*, La Ley 1983; ORTS BERENGUER, *Omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 338 bis)*, en Comentarios a la Legislación penal XIV, vol.

1, Madrid 1992; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos contra la Administración de Justicia*, RJCat. 1980; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Error sobre la cualidad de deudor en un delito de realización arbitraria del propio derecho (STS 27 de octubre de 1992)*, PJ 1993; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid 1966; VARIOS, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, CDJ 1994.

Sobre el Código penal de 1995: ABEL SOUTO, *El encubrimiento*, RCP 1998; BAJO FERNÁNDEZ/ LOZANO MIRALLES, *Realización arbitraria del propio derecho*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; BLANCO CORDERO, *El encubrimiento personal: contribución a la delimitación del tipo del artículo 451 nº 3 del Código penal*, RDPC 1998; CADENAS CORTINA, *El encubrimiento en el nuevo Código penal*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997; COLAS TURÉGANO, *El delito de realización arbitraria del propio derecho*, Valencia 2001; DE SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granada 1999; DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación del encubrimiento en el Código penal*, AP 1996; FERNÁNDEZ GARCÍA, *La nueva configuración del delito de realización arbitraria del propio derecho*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997; FERNÁNDEZ GARCÍA/ LÓPEZ MORENO, *Consideraciones sobre el delito de realización arbitraria del propio derecho*, AP 1997; GILI PASCUAL, *Consideraciones sobre el concepto de accesoriedad en el encubrimiento*, CPC 1997 (también en Homenaje a Casabó, Valencia 1997); LÓPEZ MORENO/ FERNÁNDEZ GARCÍA, *La omisión del deber de impedir delitos y de promover su evitación*, AP 1998; MARTÍN CANIVEL, *La ejecución arbitraria del propio derecho*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997; el mismo, *Delitos contra la Administración de Justicia y faltas de conducta en el Estatuto de la Corte penal internacional*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; ROVIRA TORRES, *El encubrimiento*, Barcelona 2001; RUBIO LARA, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Madrid 2003; RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, Barcelona 2001; el mismo, *Encubrimiento y receptación. Los específicos elementos subjetivos del injusto*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; SALCEDO VELASCO, *El quebrantamiento de condena. Los arts. 468 a 471 del nuevo Código penal*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, Valencia 1998; el mismo, *¿Encubridores o cómplices?*, Madrid 2004; SOTO NIETO, *Breve consideración sobre el encubrimiento*, La Ley 1996; SUÁREZ LÓPEZ, *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código penal español*, Granada 2000; TARDÓN OLMOS, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o promover su persecución. Análisis comparativo respecto al texto anterior*, en Delitos contra la Administración de Justicia, CDJ 1997.

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

El Capítulo VIII del Título XX, arts. 468 a 471, comprende dos delitos distintos: el quebrantamiento de condena en sentido amplio cometido por el propio condenado o persona que se encuentra en situación de prisión preventiva (arts. 468 y 469) y el favorecimiento de la evasión de un condenado, preso o detenido por parte de particular (art. 470) o de funcionario público (art. 471). El bien jurídico protegido en estos delitos es la Administración de Justicia entendida en un sentido amplio, ya que junto al quebrantamiento de la condena propiamente dicho se castigan también el quebrantamiento de situaciones de privación de libertad puramente cautelares, así como de la conducción o custodia realizada por la autoridad administrativa por orden de la autoridad judicial; no, sin embargo, la detención policial como tal, en la medida en que aún no haya decisión judicial (cfr., sin embargo, arts. 470 y 471). Sobre el quebrantamiento de condena en el Código penal militar véase su art. 188.

A) QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Existen dos tipos, uno básico y otro cualificado.

a) Tipo básico

> Art. 468: «1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.
> 2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días».

Tipo objetivo

En orden a los sujetos activos debe distinguirse entre los sentenciados (presos o no) que quebranten su condena y los no sentenciados que quebrantaren una medida cautelar o su conducción o custodia. En el primer caso debe mediar una sentencia firme por razón de delito o de falta, bien sea a pena de prisión o medida de seguridad privativa de libertad, o de derechos (quebrantamiento de la condena de privación

del permiso de conducir, desempeño de la profesión para la que está inhabilitado, etc.). En el segundo es preciso que exista una medida cautelar o una conducción o custodia por decisión de la autoridad judicial (auto de prisión, por ej.), aunque aún no sea firme. Del tipo debe excluirse, por tanto, el quebrantamiento de la detención policial (en este sentido también MAPELLI CAFFARENA, p. 22; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA III, p. 83; véanse también SSTS 24 mayo 1967 y 30 octubre 1985; cfr., sin embargo, art. 470).

En anteriores ediciones (véase, por ej., MUÑOZ CONDE, 11ª ed., p. 812) mantenía, siguiendo a FERRER, que el quebrantamiento de la llamada prisión preventiva atenuada de que trata el art. 508,1 LECrim. no era constitutivo de este delito, «por cuanto ni se trata de quebrantamiento de condena, ni existe verdadero estado de prisión» (FERRER III, p. 429). Pero, como indica GARCÍA ALBERO (en QUINTERO, Comentarios, p. 2000), la prisión preventiva atenuada es una medida cautelar, que ahora efectivamente se menciona como un supuesto de quebrantamiento en el art. 468, por lo que cabe apreciar también en este caso este delito (en el mismo sentido, también GONZÁLEZ RUS, en Curso II, p. 554; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 1226).

Los que se encuentren en rebeldía, con orden de busca y captura, son también presos desde el momento en que sean aprehendidos por la autoridad correspondiente, pero no antes, por lo que no puede hablarse hasta ese momento de un hipotético quebrantamiento, salvo que ya lo hayan cometido (escapando, por ej., de la prisión en la que se encontraban, véase MAPELLI CAFFARENA, p. 29).

En orden al quebrantamiento de condena o del estado de prisión por parte del preso se plantea el problema político-criminal, ya puesto de relieve por PACHECO (I, p. 504), de si debe considerarse delictivo. El criterio seguido por nuestro legislador es, desde luego, el de su criminalización, pero este criterio resulta en exceso duro si se tiene en cuenta que ya el Reglamento Penitenciario contiene sanciones disciplinarias graves para tal supuesto (VIVES, en VIVES/ BOIX, p. 284, considera en cambio justificada su incriminación «por el interés del Estado en la efectividad de determinadas resoluciones de la jurisdicción». De otra manera plantean el problema CORCOY y MAPELLI, quienes, de todos modos, resaltan la contradicción existente con la Ley General Penitenciaria; aunque, como indica GARCÍA ALBERO, en QUINTERO, Comentarios, p. 1995, la objeción sólo vale para el quebrantamiento de penas de prisión, y lo mismo cabría decir respecto al quebrantamiento de medidas de seguridad privativas de libertad —cfr. art. 100—; véanse, sin embargo, STC 8 julio 1986 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA III, p. 88).

A efectos de pena, el art. 468 distingue entre el quebrantamiento de quien está privado de libertad (art. 468,1) y los demás supuestos,

castigados con menor pena (art. 468,2). Entre estos últimos, sin embargo, tras la reforma introducida por LO 15/2003 se le da un tratamiento diferenciado, agravatorio, al quebrantamiento de las prohibiciones contenidas en el art. 57,2 Cp, tratando con ello de reforzar las medidas de alejamiento que se prevén en este precepto.

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo. Respecto al quebrantamiento del estado de prisión se plantea el problema de si es necesaria una voluntad firme de sustraerse *definitivamente* al cumplimiento de la pena o detención cautelar. Creo que el estado de prisión no se quebranta por el hecho de ausentarse por unas horas el preso, cuando existe ánimo de volver, y que en este caso son suficientes las sanciones disciplinarias.

Causas de justificación

Puede aplicarse el estado de necesidad; así, por ejemplo, el privado de permiso de conducir que no tiene más remedio que hacerlo para llevar a un enfermo grave al hospital, el médico inhabilitado que opera a vida o muerte, o el preso condenado injustamente a una larga pena privativa de libertad que se evade de la cárcel.

b) Tipo cualificado

Dice el art. 469: «Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén recluidos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años».

La amplitud de la cualificación obliga a subsumir en este precepto prácticamente la totalidad de los tipos de evasión, pues difícilmente conceptuable es una evasión en que no haya por lo menos fuerza en las cosas, tanto si se entiende en el sentido estricto que se emplea en la definición del robo (cfr. art. 238: escalamiento, uso de ganzúas, etc.), como si se entiende de acuerdo con el uso normal del lenguaje (así, por ej. VIVES, Comentarios, p. 1913; GARCÍA ALBERO, en QUINTERO, Comentarios, p. 2005; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 1228). Lo que, en todo caso, no deja de ser criticable es que se castigue del mismo modo escaparse de una cárcel forzando

con una ganzúa la cerradura de una celda que intimidando al guardián con una pistola o tomando parte en un motín.

Caben las formas imperfectas de ejecución (STS 9 junio 1973) y el concurso con homicidio, lesiones, daños o atentado (a favor de la tesis del concurso de leyes, MAPELLI CAFFARENA, p. 29).

B) FAVORECIMIENTO DE EVASIÓN

La intervención de un tercero en el quebrantamiento de una privación de libertad, favoreciendo de algún modo la misma, es castigada en los arts. 470 y 471, distinguiéndose según que el tercero sea particular o funcionario público.

– El art. 470,1 castiga con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses el favorecimiento realizado por un particular, proporcionando la evasión a un condenado, preso o detenido. Al referirse expresamente el tipo al «detenido» cabe que se cometa este delito, que tiene autonomía respecto al quebrantamiento de condena, en situaciones de detención policial en las que aún no ha habido intervención judicial y en las que, por tanto, la evasión del detenido como tal es impune. El apartado 2 contiene una cualificación, imponiendo la pena de prisión de seis meses a cuatro años «si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno», que, en principio, puede entrar en concurso con los respectivos delitos a que dé lugar el uso de tales medios cualificantes (homicidio, lesiones, daños, cohecho). El apartado 3 prevé una atenuación o incluso una exención de la pena en el caso de que entre el particular y el sujeto a quien se proporciona la evasión exista la relación parental prevista en el art. 454 y que da lugar a la exención de la pena en el caso de los encubridores (véase *infra*).

– El art. 471 contiene una cualificación cuando el culpable del delito previsto en el artículo anterior sea un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido (pena superior en grado, en sus respectivos casos). Normalmente en estos supuestos existirá connivencia entre el funcionario y el sujeto al que se le proporciona la fuga; pero también la simple omisión sin connivencia, por ejemplo, dejar que se escape el preso no cerrando la celda, es una forma de proporcionar la evasión y, por tanto, encaja en este delito. Al funcionario se le impone además la inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años, si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria, y la de inhabilitación especial de tres a seis años en los demás casos.

REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

De la amplia gama de supuestos imaginables de realización arbitraria del propio derecho, el art. 455,1 sólo castiga, con la pena de multa de seis a doce meses, al que, «para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas».

Bien jurídico protegido es, además de la Administración de Justicia cuyo imperio en la realización del derecho se desconoce, la propiedad, la libertad o en general el derecho de otra persona, por ejemplo un deudor, a que se utilicen las vías legales para hacerle las reclamaciones oportunas. La redacción en el Código anterior se refería al apoderamiento de una cosa propiedad del deudor, con lo que el derecho de propiedad era también el bien jurídico tutelado (así BAJO FERNÁNDEZ, p. 61). De todos modos, aunque el sujeto activo del delito se apodere de cosas que no sean las debidas, siempre que sea en la cuantía de la deuda, habrá un delito contra la Administración de Justicia, que es a la que corresponde la solución pacífica de estos conflictos (cfr. DE LA MATA BARRANCO, pp. 45 s.).

Tipo objetivo

Sujeto activo es el titular de un derecho que utiliza vías no legales para hacerlo valer, por ejemplo, el acreedor que para cobrar una deuda se apodera de una cosa perteneciente a su deudor. La existencia de este delito supone, por tanto, la existencia de un derecho que constituye su presupuesto y, al mismo tiempo, un elemento del tipo.

La acción consiste en ejercer el derecho propio, fuera de las vías legales, pero sólo es típica y, por tanto, relevante penalmente si se emplea «violencia, intimidación o fuerza en las cosas». Estos conceptos se utilizan en la configuración de los delitos de robo, sirviendo para distinguir el robo con violencia e intimidación del robo con fuerza en las cosas (véanse *supra* capítulos XVI y XVII); pero aquí, igual que en el tipo cualificado del quebrantamiento de condena (véase *supra*), se les da un mismo tratamiento valorativo, lo que es también aquí criticable, pues, evidentemente, no es lo mismo apoderarse de una cosa perteneciente al deudor para hacerse pago con ella utilizando

un arma de fuego e intimidando al deudor, que sustrayéndola forzando la cerradura del almacén donde éste la tiene depositada. En la redacción que se daba a este delito en el Código penal anterior, aparte de ser más restrictiva, sólo se castigaba cuando se empleaba violencia o intimidación (sobre la regulación anterior, véanse BAJO FERNÁNDEZ, DE LA MATA BARRANCO, FERRIS ALBENCA, MAGALDI PATERNOSTRO y MUÑOZ CONDE, 9ª ed., p. 789). De todos modos, la mayor gravedad de la violencia o la intimidación se demuestra en que, según el apartado segundo del art. 455, se impondrá la pena superior en grado si «para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos». Tanto la violencia y la intimidación como la fuerza en las cosas deben estar en una relación medio-fin con la realización de un derecho propio, no constituyendo este delito cuando aparecen en un estadio posterior.

La acción puede recaer sobre un objeto material, por ejemplo una «cosa perteneciente a su deudor», como se decía en la anterior redacción, o sobre una persona, por ejemplo el inquilino moroso al que se impide entrar en el piso arrendado, bien intimidándolo, bien cambiando la cerradura de la casa, siempre que efectivamente el sujeto tenga derecho a impedir esa entrada, aunque no tomando la Justicia por su mano. Si no existe ese derecho, entonces el delito aplicable será el de coacciones del art. 172. Según la STS de 30 de septiembre de 1985 no comete este delito quien se apodera con violencia del precio pactado en el ejercicio de la prostitución, sino el de robo, por no ser «debida» ni «exigible» una prestación de contenido inmoral.

Tipo subjetivo

Sólo es posible la comisión dolosa, ya que el art. 455 exige un elemento subjetivo específico: el ánimo de realizar un derecho propio. Se trata, pues, en principio, del ejercicio de un derecho ya existente, pero «tomándose la Justicia por la mano» de forma violenta, que es lo que eleva el hecho a la categoría de delito. Así, por ejemplo la STS de 12 de junio de 1975 aplicó el antiguo art. 337, y no el delito de robo, en un caso en que un camarero despedido de un bar se apoderó de una cantidad de dinero, que luego escondió, dejando una nota en su lugar con su nombre en la que decía que no restituiría el dinero hasta que no se le pagara lo que le adeudaban (cfr. STS 4 octubre 1982, con comentario de MAQUEDA ABREU).

En los casos de error sobre la existencia del derecho (el sujeto cree erróneamente que se le debe una cantidad) el delito cometido será un

robo. En los casos en que la cosa sustraída sea de valor superior a la deuda contraída y el sujeto sea consciente de ello, habrá un delito de robo respecto al exceso, siempre que sea relevante y notorio (cfr. STS 27 octubre 1992, con comentario de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, p. 241; FERRIS ALBENCA, p. 820).

Causas de justificación

El estado de necesidad es difícilmente aplicable, pues el acreedor en casos de peligro inminente de frustración de su crédito, o cualquier otro titular de derechos, debe acudir al Juez requiriendo las medidas cautelares oportunas, embargo, depósito judicial, desahucio, etc.; pero nunca realizar su derecho directamente, con violencia, intimidación o fuerza en las cosas, que es lo que castiga el art. 455. Tampoco cabe hablar de legítima defensa, pues el propio art. 455 demuestra que el titular de un derecho debe realizarlo por las vías legales y no violentamente por la vía privada, y mientras exista esa posibilidad, no habrá la agresión ilegítima que fundamenta la legítima defensa (en este sentido BAJO FERNÁNDEZ, pp. 70 ss.).

Consumación

El delito se consuma con la realización del derecho. Cabe la tentativa, si se aplica, por ejemplo, la fuerza sin conseguir realizar el derecho.

Concurso

El art. 455 es ley especial frente a las coacciones, las amenazas y el robo. Por consiguiente, todos los supuestos de realización arbitraria del propio derecho que no encajen en el art. 455 deberán ser tratados como delitos contra la propiedad (si hay ánimo de lucro) o contra la libertad (si no hay ánimo de lucro). Cabe el concurso con las lesiones o el homicidio.

OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS O DE PROMOVER SU PERSECUCIÓN

En el Capítulo II del Título XX se contienen en un solo artículo, el 450, dos modalidades delictivas. Estas son:

A) OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS

Este delito fue introducido ya en el anterior Código penal por Ley de 17 de julio de 1951, que también introdujo la omisión del deber de socorro.

> Dice así el art. 450,1: «El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél».

La similitud de este delito con el tipificado en el art. 195 es evidente, insertándose ambos en un proceso de humanización del Derecho penal que, con el castigo de estos hechos, se propone robustecer el sentimiento de solidaridad entre las personas. Sin embargo, el delito del art. 450 es, por una parte, más específico que el del art. 195, ya que sólo se refiere a las situaciones que se derivan de hechos *constitutivos de delito*, y, por otra, más amplio, por cuanto extiende su ámbito a situaciones que se derivan de ataques a otros bienes jurídicos como la libertad sexual, también constitutivos de delito, que no se comprenden en el art. 195 (véase De Sola Reche, p. 184).

Bien jurídico protegido en el art. 450 es, en principio, el deber de solidaridad referido a estos bienes jurídicos cuando sean objeto de ataques constitutivos de delito y no de mera falta. Sin embargo, hay que darle en parte la razón a Vives (Comentarios, p. 1889) cuando considera que el bien jurídico protegido son (también) los bienes jurídicos de los delitos a que se alude en el tipo (vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual). Y la misma opinión mantiene De Sola Reche (p. 43), para quien la ubicación sistemática del precepto es de importancia secundaria. Ciertamente ello es así, aunque, como bien dice Huerta Tocildo (p. 48), ese deber genérico se concreta en un «específico deber de colaboración ciudadana en las tareas de prevención de determinados delitos», lo que fundamenta también su ubicación como delito contra la Administración de Justicia.

Tipo objetivo

Sujeto activo es todo aquel que puede «con su intervención inmediata» impedir el delito, siempre que no sea uno de los intervinientes en la realización de ese mismo delito (cfr. De Sola Reche, p. 57). Caso de que se trate de funcionario podrá aplicarse el art. 412,3 (cfr. Luzón Peña, 1980, p. 535). Sujeto pasivo es el titular de los bienes jurídicos atacados por el delito que se trata de impedir; sin embargo, como indica, De Sola Reche (p. 57), en el caso en que el delito cuya ejecución no impida el propio amenazado por él ponga en peligro los bienes jurídicos de otra persona, también el amenazado puede ser sujeto activo.

La conducta consiste en una omisión pura: abstenerse de impedir el delito, y se castiga independientemente de que el delito se cometa o no. No se trata, como bien indica Rodríguez Mourullo (Madrid 1966, pp. 373 ss.), de una participación en el delito mediante omisión que se eleva a la categoría de un delito independiente, pues para ello no bastaría el simple deber genérico de actuar a que se refiere el art. 450, sino que sería preciso un deber que colocara al obligado en la posición de garante respecto al delito que se va a cometer. El comisario de policía que permanece impasible mientras el subordinado tortura a un detenido comete el delito previsto en el art. 176, ya que así se prevé expresamente (en favor del concurso entre ambos preceptos, cfr. Muñoz Conde, 6ª ed., p. 681). También el que de algún modo interviene en la fase previa a la realización del delito, favoreciendo su comisión, responde como coautor o partícipe del mismo, y no simplemente por el art. 450 (en este sentido, STS 10 abril 1981: el instructor de un comando terrorista después de haberle enseñado como llevar a cabo el atentado, no hace nada por evitarlo; cfr. De Sola Reche, p. 116).

El deber de actuar viene limitado doblemente: en primer lugar, por la *posibilidad* de poder impedir el delito (*ad impossibilia nemo tenetur*); en segundo lugar, porque esa posibilidad sea con una *intervención inmediata y sin riesgo propio ni ajeno*. Por intervención inmediata debe entenderse toda intervención capaz de impedir el delito, bien sea directa y personalmente, bien indirectamente (avisando, por ejemplo, a la policía), siendo irrelevante que el sujeto se encuentre o no en el lugar donde se va a cometer. La ausencia de riesgo propio o ajeno es consecuencia del principio de no exigibilidad de otra conducta, elevado aquí a elemento del tipo, por cuanto el deber de actuar no puede

llegar hasta el punto de exigir al sujeto que arrostre riesgos o ponga en peligro intereses de terceros de superior o igual valor que el atacado por el delito que se trata de impedir.

El art. 450 contrae el deber de actuar a los casos de delitos que afecten a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual. Se trata de hechos tan graves que generalmente no cabe la menor duda de que el que se encuentra a punto de ser víctima de uno de estos delitos necesita la ayuda de sus semejantes. Sin embargo, debe valorarse con un criterio concreto, en atención a las circunstancias que rodeen el caso, si la situación requiere realmente una intervención o puede la persona que está siendo víctima de uno de estos delitos salir de la situación por sí misma (no es igual, por ej., no impedir una grave agresión sexual a un menor, que un acoso sexual a una persona adulta y de fuerte carácter). Es indiferente el estadio en que se encuentra el delito que se va a impedir, siempre que ese estadio sea ya punible como delito (por ej., una conspiración). Por lo que respecta al límite máximo, el deber de impedir la comisión de un delito deja de existir cuando éste ya se ha consumado. En los delitos permanentes el deber de impedirlos subsiste en tanto se prolongue el estado de consumación, pero cuando cese ese estado desaparece el deber.

Tipo subjetivo

El delito sólo es punible en su forma de comisión dolosa Un error sobre la posibilidad de intervención debido a una comprobación negligente de la situación típica queda, por tanto, fuera del tipo. Las motivaciones de la abstención sólo pueden valorarse en el ámbito de la culpabilidad, para graduarla.

B) OMISIÓN DEL DEBER DE PROMOVER LA PERSECUCIÓN DE DELITO

> El apartado 2 del art. 450 dice que «en las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia».

Este apartado segundo debe considerarse subsidiario del primero; es decir, que si no se impide la comisión de un delito de los previstos en el art. 450,1, pudiendo hacerlo, será de aplicación preferente el primer apartado aunque tampoco se denuncie. Por otra parte, en la medida en que el sujeto haya impedido la comisión del delito, no responderá por el párrafo segundo si posteriormente no denuncia el delito impedido. En otras palabras, para aplicar el art. 450,2, igual que en el apartado 2 del art. 195, es necesaria la imposibilidad de impedir el delito personalmente y la posibilidad de acudir a la autoridad o a sus agentes para que lo impidan. Por lo demás los elementos son los ya señalados en el delito anterior, al que se remite también a los efectos de la pena aplicable. No obstante, en este caso no es necesario que el delito haya llegado a una fase punible, lo importante es que, como señala De Sola Reche, haya indicios suficientes como para «sospechar seriamente» que el delito en cuestión va a cometerse en un periodo más o menos próximo.

ENCUBRIMIENTO

El Capítulo III del Título XX trata el encubrimiento como un delito autónomo contra la Administración de Justicia, rompiendo con la tradición de considerarlo como una forma de participación en el delito que, como se hacía en el anterior Código penal, se castigaba en función de la pena del autor del delito principal encubierto, rebajándola en dos grados. También en su regulación como delito contra la Administración de Justicia se vincula la responsabilidad del encubridor a la de los demás partícipes en el delito principal, en cuanto en el art. 452 se dice que «en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto»; y «si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de 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 (del encubrimiento, se entiende) la pena de aquel delito en su mitad inferior». Se puede decir, por tanto, que, a efectos de pena, el nuevo Código penal sigue tratando el encubrimiento como una forma de participación subsiguiente a la ejecución (consumada o no) del delito. De aquí se desprende también que, como en los casos de auténtica participación, basta con que el delito principal constituya un hecho típico y antijurídico (*accesoriedad limitada;* cfr. art. 453) y que sea preciso el *conocimiento* por parte del encubridor del delito principal cometido («con conocimiento de la comisión de un delito», dice el art. 451).

En la doctrina surgida a raíz de la tipificación de este delito como delito contra la Administración de Justicia en el Código penal de 1995 se tiende a dar al encubrimiento un carácter autónomo, hasta el punto de apreciarlo aunque se encubra a una persona que posteriormente resulta inocente del delito de que se le acusa (así GILI PASCUAL, pp. 197 ss.; RUIZ RODRÍGUEZ, Barcelona 2001, p. 40), o allí donde exista interés en investigar un hecho, aunque finalmente resulte realizado en legítima defensa, pues habría interés por parte de la Administración de Justicia (cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, en VARIOS, p. 25); pero ello es incompatible con lo dispuesto en el art. 453, que exige que el hecho que se encubre (el delito de referencia) sea típico y antijurídico (en este sentido SÁNCHEZ-OSTIZ, 1998, p. 40). De ahí se desprende que, en principio, el enjuiciamiento procesal del encubrimiento está condicionado a que en el mismo proceso o en otro anterior se constate la existencia del hecho típico y antijurídico de referencia. Igualmente, la autonomía del encubrimiento depende de que el encubridor no haya participado como autor o cómplice en el delito encubierto, por ejemplo porque su intervención posterior al delito haya sido pactada como una forma de realización o de perfeccionamiento de la consumación del mismo (recibiendo la mercancía robada, transportando a los autores materiales del delito a otro lugar, etc.; véase SÁNCHEZ-OSTIZ, 1998, pp. 105 ss.).

Pero todo esto lo único que demuestra es que el encubrimiento es un *delito de referencia*, en cuanto su punición viene condicionada por la existencia al menos de otro hecho típico y antijurídico e igualmente limitada por la gravedad de la punición del delito encubierto. En lo demás (bien jurídico protegido, elementos típicos específicos, etc.) es un delito totalmente independiente que afecta a la Administración de Justicia en su función de averiguación y persecución de los delitos, sin perjuicio de que con su punición se pretenda evitar también aumentar la lesividad a los bienes jurídicos ya lesionados por el delito de referencia (véase SÁNCHEZ-OSTIZ, 1998, pp. 110 ss., y 2004, pp. 399 ss., donde considera que, en realidad, el encubrimiento no es más que la infracción de una «norma de resguardo» que garantiza la efectividad de la norma primaria y secundaria infringida por el delito encubierto, por lo que, en su opinión, del mismo modo que puede haber conductas de participación postconsumativa, normalmente constitutivas de complicidad, puede haber también un encubrimiento preconsumativo, lo que, desde luego, aumenta enormemente el ámbito de aplicación de este delito a costa de la complicidad e incluso de la cooperación necesaria en el delito de referencia y, en cualquier caso, se opone al tenor literal del art. 451).

El art. 451 distingue varias *clases de encubrimiento*:

1º) Auxiliar a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

De este supuesto hay que excluir los casos en los que el encubridor se aprovecha para sí mismo de los efectos del delito, que constituyen supuestos de receptación, y los constitutivos del delito de blanqueo de bienes (cfr. *supra* capítulo XXIII).

Por «autor y cómplice» debe entenderse cualquier partícipe en el delito (autor en sentido amplio; cómplice en sentido estricto), y por «provecho, producto o precio» debe entenderse el objeto material del delito o su valor patrimonial sustitutivo.

2º) Ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento.

La doctrina califica este supuesto como de *favorecimiento real*. Aunque el Código, literalmente interpretado, parece que sólo se refiere al encubrimiento del delito, y no del delincuente, parece lógico entender que lo uno lleva también a lo otro y que ambos casos están comprendidos en este supuesto. Se trata realmente de obstaculizar la Administración de Justicia en su función de averiguar los delitos y castigar a sus culpables. Por lo tanto, la esencia del supuesto consiste en *ocultar, alterar o inutilizar*, con el fin de dificultar la acción investigadora, el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito, es decir, cualquier cosa que pueda demostrar la existencia del delito, su forma de ejecución o sus resultados.

3º) Ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura.

Este supuesto se denomina por la doctrina como *favorecimiento personal*, que, igual que el anterior, pretende obstaculizar a la Administración de Justicia en su función de averiguación y castigo de los culpables del delito. Pero el supuesto sólo constituye delito cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo u homicidio (la referencia a los delitos de lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado ha sido añadida por la LO 15/2003, en concordancia con otras modificaciones introducidas en relación a dichos delitos para adaptar el Código penal al Estatuto de Roma, cfr. *supra* capítulo XXXII).

b) La de intervenir abuso de funciones públicas por parte del encubridor (en este caso se impondrá además inhabilitación especial, si el delito encubierto fuere menos grave, o inhabilitación absoluta, si fuere grave, con lo que puede que en este caso el encubridor resulte castigado con una pena más grave que el autor del delito encubierto).

El art. 454 contiene una *causa de no exigibilidad de otra conducta*: «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del artículo 451» (sobre el ámbito de aplicación personal del precepto, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, 1998, pp. 95 ss.; RUIZ RODRÍGUEZ, Barcelona 2001, pp. 136 s.; también STS 5 marzo 1999, en la que no se aplica este precepto a la esposa que ayuda al marido y a otro a pedir el precio del rescate que éstos solicitan por liberar a una persona secuestrada a la que ya habían asesinado; cfr. también *supra* capítulo VI: detenciones ilegales).

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido en el Título XX del Libro II del Código penal un Capítulo IX con la rúbrica «De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional» que contiene un solo artículo, el art. 471 bis, cuyo contenido es el siguiente:

> «1. El testigo que, intencionadamente, faltare a la verdad en su testimonio ante la Corte Penal Internacional, estando obligado a decir verdad conforme a las normas estatutarias y reglas de procedimiento y prueba de dicha Corte, será castigado con prisión de seis meses a dos años. Si el falso testimonio se diera en contra del acusado, la pena será de prisión de dos a cuatro años. Si a consecuencia del testimonio se dictara un fallo condenatorio, se impondrá pena de prisión de cuatro a cinco años.
> 2. El que presentare pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior de este artículo.
> 3. El que intencionadamente destruya o altere pruebas, o interfiera en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de siete a 12 meses.

> 4. El que corrompiera a un testigo, obstruyera su comparecencia o testimonio ante la Corte Penal Internacional o interfiriera en ellos será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses.
> 5. Será castigado con prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses quien pusiera trabas a un funcionario de la Corte, lo corrompiera o intimidara, para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.
> 6. El que tomara represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses. En la misma pena incurrirá quien tome represalias contra un testigo por su declaración ante la Corte.
> 7. El que solicitara o aceptara un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales incurrirá en la pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva solicitada o aceptada».

En el precepto se recogen, como se ve, diversas modalidades de conductas constitutivas de distintos tipos delictivos contra la Administración de Justicia ya previstos, aunque con otra técnica legislativa, en anteriores Capítulos del Título XX, como el falso testimonio, la destrucción o alteración de pruebas, la presión, el soborno o las represalias contra testigos y funcionarios de la Corte, por lo que nos remitimos al análisis que se ha realizado de estos delitos en este capítulo y en el anterior (sobre otras modificaciones del Código penal realizadas para adaptar el Código penal al Estatuto de Roma, cfr. *supra* capítulo XXXII).

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO XLI

Prevaricación y otros comportamientos injustos. Infidelidad en la custodia de documentos. Violación de secretos y uso indebido de información privilegiada. Desobediencia y denegación de auxilio. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir determinados delitos. Ataques a la libertad sexual

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos,* Barcelona 1987; ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal del trabajo,* Barcelona 1989; BACIGALUPO ZAPATER, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios,* DJ 1983 (también en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal, Madrid 1991); BAYLOS/ TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo,* Madrid 1990; BELLO LANDROVE, *Los elementos de injusticia y manifiesta injusticia en el delito de prevaricación en el Código penal español,* RGLJ 1977; CASABÓ RUIZ, *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos,* Escritos Penales, Valencia 1979; COBO DEL ROSAL, *Examen crítico del párrafo tercero del art. 119 del Código penal español,* RGLJ 1962; CORTÉS BECHIARELLI, *Formas de prevaricación y delito de coacciones,* CPC 1995; FELIP I SABORIT, *Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación,* ADP 1993; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad,* CPC 1978; el mismo, *Determinados abusos en el ejercicio de la función pública,* ADP 1981; GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación del funcionario público,* Valencia 1994; el mismo, *Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual,* en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ 1994; MANZANARES SAMANIEGO, *Independencia y responsabilidad de los jueces,* AP 1993; MAQUEDA ABREU, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1986. «El caso Ballesteros»,* PJ 1986; MARTÍNEZ PÉREZ, *Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación del funcionario (A propósito de la sentencia del TS sobre el «caso Barreiro»),* ADP 1991; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, *En torno al delito de prevaricación. Especial referencia a los artículos 360 y 361 del Código penal,* AP 1990; MESTRE DELGADO, *Responsabilidad penal de alcaldes y concejales,* en Tratado de Derecho municipal, Madrid 1988; MIR PUIG, *Nombramientos ilegales,* NEJ XVI, 1982; MORALES

GARCÍA, *Secretos oficiales y conflicto de competencias. Breves reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, de 14 de diciembre de 1995*, CJ 1996; MORALES PRATS, *Garantías penales y secreto sumarial*, La Ley 1985; MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, Apéndice a la 8ª ed. de Derecho Penal, Parte Especial, Valencia 1991; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid 1980; ORTS BERENGUER, *Limitaciones a la libertad sexual*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *Revelación y uso indebido de secretos e informaciones*, en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ 1994; QUINTERO OLIVARES, *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*, CPC 1980; el mismo, *La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio*, PJ núm. especial VIII, 1989; REBOLLO VARGAS, *Los límites del secreto de Estado. Sentencia del Tribunal de Conflictos jurisdiccionales, de 14 de diciembre de 1995*, CJ 1996; RODRÍGUEZ DEVESA, *La obediencia debida en el Derecho penal militar*, REDM 1957; ROLDÁN BARBERO, *De la prevaricación administrativa*, RDPC 1993 (también en La Ley 1994); el mismo, *Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos*, La Ley 1994; VARIOS, *Delitos de los funcionarios públicos*, CDJ 1994.

Sobre el Código penal de 1995: ALONSO PÉREZ, *Apertura de paquetes postales en la investigación de delitos de tráfico ilegal de drogas*, La Ley 1997; el mismo, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal: legislación, comentarios y jurisprudencia*, Madrid 2000; BENLLOCH PETIT, *El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario*, PJ 1998; BONE PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, AP 1996; CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Barcelona 1999; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona 1997; DE LA MATA BARRANCO, *Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; FÁBRAGA RUIZ, *Secreto de las comunicaciones y proceso penal*, La Ley 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*, La Ley 1997; GARCÍA ARÁN, *¿Hasta donde la protección penal de lo público?*, CDJ 1998; GONZÁLEZ CUSSAC, *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; el mismo, *El delito de prevaricación del funcionario público*, 2ª ed., Valencia 1997; JUANES PECES, *Delitos de funcionarios públicos*, La Ley 1998; LLABRÉS FUSTER/ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La responsabilidad penal del miembro del jurado*, Barcelona 1998; MAQUEDA ABREU, *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Sevilla 1998; MARTÍN CANIVELL, *Prevaricación*, La Ley 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *De nuevo sobre el delito de prevaricación en el «caso Barreiro»*, ADP 1995; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; MESTRE DELGADO/ MARTÍNEZ GALINDO, *Responsabilidad penal de alcaldes y concejales*, en Tratado de Derecho municipal, Madrid 2003; MIR PUIG, *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; MORALES GARCÍA, *Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio. (A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)*, AP 1996; MUÑOZ CONDE, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal: especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario público a efectos penales*, en VARIOS, Sevilla 1997; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal*, La Ley 1996; el mismo, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, en VARIOS, Sevilla 1997; OLAIZOLA NOGALES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, en Asúa Batarrita (edit.), Delitos contra la administración pública, Bilbao 1997; el mismo, *El delito de cohecho*, Valencia 1999; ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; OTERO GONZÁLEZ, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Madrid 1999; el mismo, *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales: (violación de secretos por funcionarios)*, Valencia 2000; PORTERO GARCÍA, *El delito de prevaricación de funcionarios públicos*, La Ley 2000; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona 1996; el mismo, *La omisión de promover la persecución del delitos. El art. 408 del Código penal*, RDPP 1999; el mismo, *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, del L. II del Código penal español (Delitos contra la Administración pública)*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; ROLDÁN BARBERO, *El delito de desobediencia funcionarial*, La Ley 1996; el mismo, *La infidelidad en la custodia de documentos*, La Ley 1996; RUEDA MARTÍN, *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública*, RDPC 2001; TORRES FERNÁNDEZ, *La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo*, La Ley 2001; VALEIJE PÉREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC 1997; VARIOS, *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, CDJ 1996; VARIOS, *Corrupción y Estado de Derecho, el papel de la jurisdicción*, Andrés Ibáñez (edit.), Madrid 1996; VARIOS, *Delitos contra la Administración pública*, Asúa Batarrita (coord.), Bilbao 1997; VARIOS, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Muñoz Conde (edit.), Sevilla 1997; VARIOS, *Delitos contra la Administración pública*, Revista Aragonesa de Administración Pública 1997; VARIOS, *Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa*, RP 1999; VÁZQUEZ PORTOMEÑE-SEIJAS, *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos «del cargo»)*, EPC 2000.

Siguiendo los precedentes de los Proyectos de Código penal (véase al respecto MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 832 ss.), el Código penal de 1995 recoge la mayoría de los delitos que anteriormente se tipificaban en su Título VII bajo la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en el Título XIX bajo la rúbrica de «Delitos contra la Administración pública».

La cualidad de funcionario público (o de autoridad) no debería tener, en principio, trascendencia como tal en la calificación típica de los hechos punibles, pudiendo operar, todo lo más, como circunstancia agravante en aquellos casos en que se den los presupuestos del número 7 del art. 22 (prevalimiento del carácter público). Pero en relación con algunos delitos, el Código penal exige esa cualidad como elemento configurador del tipo. La mayoría de estos delitos, en los que la cualidad de funcionario es elemento típico, se recogen en el Título XIX. Originariamente se pretendió incluir en un solo Título prácticamente todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Código de 1822), pero la posterior evolución codificadora a partir del Código penal de 1870 ha ido segregando una gran parte de estos delitos a otros lugares del Código, agrupándolos en función del bien jurídico protegido. Así sucede, por ejemplo, con los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Capítulo V del Título XXI), o actualmente con el delito de prevaricación judicial tipificado en el Título XX como delito contra la Administración de Justicia. No todos los delitos que puedan cometer los funcionarios públicos (o autoridades) en relación con el ejercicio de sus cargos son, por tanto, reconducibles a un denominador común. Incluso respecto a los delitos recogidos ahora en el Título XIX se hace difícil encontrar un *bien jurídico* común a todos ellos, que sólo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos, en realidad, de la naturaleza de estos delitos.

En relación con la regulación anterior, OCTAVIO DE TOLEDO, (1980, pp. 239 ss.) consideraba que la concepción del «deber del cargo» como bien jurídico en los «delitos de funcionarios» traduce una visión totalitaria de la actividad administrativa, inclinándose por indagar *en cada tipo delictivo* el aspecto o cualidad del *ejercicio de la función pública* cuestionada por la conducta del funcionario. Lo mismo puede decirse ahora con la actual regulación. En realidad, la Administración pública de la que se habla en la rúbrica de todo el Título XIX no es

más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona. Este marco genérico que representa la Administración pública es el que se ofrece en el art. 103 de la Constitución: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Fuera de este concepto quedan, en todo caso, los delitos contra la Administración de Justicia, que se tipifican en el Título XX y que afectan a un marco más específico con autonomía propia como es la Administración de Justicia, más emparentado con otro de los Poderes del Estado, el Poder Judicial, que es el encargado de administrar Justicia (cfr. art. 117,1 CE; sobre estos delitos, véase *supra* capítulos XXXIX y XL).

Pero la Administración pública tampoco se protege de una manera omnicomprensiva, sino en manifestaciones concretas de la misma, y a veces ni siquiera eso, sino que simplemente constituye un marco de referencia en el que se realizan algunas de las modalidades delictivas que se mencionan en este Título, que sólo indirectamente tienen que ver con el ámbito específico de actuación de la misma (en este sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, pp. 370 ss.).

> Desde el punto de vista sociológico muchos de estos delitos están relacionados con la «corrupción política y administrativa», que como tal va más allá de los delitos que se tipifican en este Título y forman una compleja fenomenología en la que se incluyen también delitos económicos, falsedades documentales, contra la ordenación del territorio, medio ambiente, narcotráfico, blanqueo de bienes, etc., cuyo denominador común con los delitos contra la Administración pública es que muchas veces son delitos cometidos desde el poder, o favorecidos desde las posiciones de poder y autoridad que confiere el ejercicio de las funciones públicas, y que a través de la organización de la complicidad en redes de poder se convierte en una de las manifestaciones más preocupantes de la criminalidad organizada (sobre la corrupción, véanse CUGAT MAURI, pp. 31 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, en VARIOS, Madrid 1996).

Concepto de funcionario público y problemas relacionados con él

a) Un problema común a la interpretación de la mayoría de estos delitos es el *concepto de autoridad y de funcionario público*. Punto de partida es la definición que da el art. 24:

> «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».

El *concepto de funcionario público* que da el art. 24,2 se caracteriza por las siguientes notas:

1º) En primer lugar, para que pueda hablarse de funcionario público a efectos penales tiene que haberse dado una incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública, por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una: a la disposición de la ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que las determine. Quien realice funciones públicas careciendo de este requisito no es funcionario a efectos penales. Así, por ejemplo, el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario.

No obstante, en algún caso el Código penal atribuye la cualidad de funcionario a efectos penales al particular que realiza determinadas funciones, como por ejemplo, a los efectos del delito de malversación de caudales públicos, al particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos (art. 435,2); o a los del delito de violación de secretos, al particular encargado accidentalmente del despacho o custodia de documentos (art. 416), bastando, pues, esta atribución para asignarle dicha cualidad, siempre que obviamente se dé esa incorporación a la actividad pública en cuestión (en este caso la custodia de caudales o efectos públicos, o de los documentos). Obsérvese, sin embargo, que otras veces se castiga al particular por haber atentado contra la integridad de la función pública, como sucede por ejemplo en los delitos relativos al tráfico de influencias (art. 429), o en algunos casos de cohecho (arts. 423 y 424), sin que esté incorporado a la función pública; en realidad estos delitos no son delitos cometidos por funcionarios públicos, pero sí delitos contra la Administración pública, que lógicamente no requieren la incorporación del

sujeto a la actividad pública, aunque su conducta pretenda conculcar el recto funcionamiento de la misma.

> Cuestión distinta es la del *funcionario de hecho*, entendiéndose por tal quien, habiendo sido nombrado o elegido legalmente, no reúne las condiciones necesarias para ello (no tiene el título de Licenciado en Derecho, los requisitos legales exigidos en la convocatoria, etc.). En este caso el así nombrado o elegido es funcionario público a efectos penales y puede, en consecuencia, cometer los delitos en los que se exija esa cualidad en tanto no se ponga término a la anómala situación, sin perjuicio de las sanciones en que incurriere quien lo nombre o él mismo. Otra cosa sucede cuando el sujeto sin título se atribuye a sí mismo la función pública (se hace pasar por policía y cobra una multa), ya que en este caso lo que hay es un delito de usurpación de funciones. Cuando el nombramiento es ilegal y el particular acepta ese nombramiento a sabiendas de su ilegalidad, el art. 406 prevé un delito específico del que nos ocuparemos más adelante (cfr. Olaizola Nogales, 1999, p. 167).

2º) En segundo lugar, es necesario que el sujeto en cuestión participe en las funciones públicas. La complejidad de la actividad administrativa y su injerencia en el ámbito privado hace difícil conceptuar a veces lo que se entiende por función pública. Función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales. Funciones públicas son las actividades económicas centrales, autonómicas, provinciales y locales, las sanitarias, comunicaciones, enseñanza, etc. Pero en ningún caso es suficiente con que se participe en la función pública, es preciso que se haga por alguno de los títulos expresados en el art. 24. De todos modos, no hay inconveniente en considerar que a efectos penales también es funcionario público (o autoridad) quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de Derecho privado, pero participada por la Administración, y el personal contratado, laboral etc., siempre que participe del ejercicio de la función pública (en este sentido Valeije Pérez, pp. 467 ss.).

Pero la definición que da el art. 24, con ser tan laxa, no es, sin embargo, lo suficientemente amplia como para servir de denominador común a todos los tipos delictivos contenidos en el Título XIX. Como hemos dicho, en este Título se hacen extensivas responsabilidades penales a sujetos que en ningún modo pueden considerarse funcionarios a efectos penales. Así, por ejemplo, el art. 422 hace extensivas las penas del cohecho a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública; el art. 435,3, las de la malversación a los depositarios o administradores de caudales

embargados; el art. 416, las de la infidelidad en la custodia de documentos a los particulares encargados accidentalmente de su despacho o custodia, etc. Por eso, el concepto de funcionario público, o, en su caso, el de autoridad, es ante todo un *concepto funcional* que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto; y luego, en algún tipo delictivo en particular, habrá que ver también las razones por las que se equiparan a ellos determinados particulares a los efectos de determinar el círculo de los posibles sujetos activos del delito en cuestión (en este sentido, véase VALEIJE PÉREZ, pp. 479 ss.).

La mayoría de los delitos tipificados en el Título XIX son también realizables por la *autoridad* a que se refiere el art. 24,1. En realidad, no es apenas concebible una autoridad que no participe del ejercicio de funciones públicas, como tampoco es imaginable un funcionario que no tenga una cierta potestad de imperio, por lo que los requisitos antes señalados son también de aplicación aquí. Las notas características del concepto de autoridad son el tener *mando* o ejercer *jurisdicción* propia. El mando implica una actividad autoritaria. La jurisdicción, la capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos. Los *agentes de la autoridad* no ostentan estas cualidades, pero en tanto participen en las funciones públicas y estén incorporados a ellas en virtud de los títulos antes citados pueden tener la cualidad de funcionarios públicos. Sí tienen, en cambio, categoría de autoridad los Jueces y Tribunales y los miembros del Jurado, una vez que han sido seleccionados y han jurado el cargo, hasta que termine el juicio; los Jurados suplentes, en cambio, tienen todo lo más la de funcionario público (así LLABRÉS/ TOMÁS-VALIENTE, pp. 30 ss.). También los miembros de una mesa electoral gozan de la misma cualidad.

b) Estrechamente relacionado con el concepto de funcionario o autoridad está el *problema de la participación del no funcionario (o no autoridad)* en los delitos cometidos por estas personas en el ejercicio de sus cargos. Estos delitos pertenecen al grupo de los *delitos especiales*, por cuanto exigen en los sujetos activos determinadas cualidades personales. La doctrina suele distinguir entre delitos especiales *impropios* y *propios*, según el tipo tenga correspondencia con uno común (por ej., malversación/ apropiación indebida) o no (prevaricación). En los impropios resuelve la cuestión de la participación de extraños aplicando el art. 65,1, de forma que el funcionario respondería por el delito especial y el extraño por el común, independientemente de cuál haya sido su contribución al hecho concreto. En los propios sólo se excluyen la coautoría y la autoría mediata del extraño, pero no la hipótesis de participación *stricto sensu* (inducción y cooperación necesaria o no). Creo que la solución respecto a los impropios debe ser también la regla general de la accesoriedad de la participación y la unidad de título de imputación: el partícipe (inductor o cooperador) debe responder, por tanto, del delito cometido por el autor, ya que los delitos especiales impropios de los funcionarios no son meras cualificaciones de tipos básicos comunes (el hurto o la apropiación indebida respecto a la malversación), sino delitos autónomos y distintos. El criterio de la «infracción del deber», según el cual el funcionario es siempre autor en estos delitos cualquiera que haya sido su contribución material al hecho, debe rechazarse por cuanto ni el artículo 28, ni los concretos tipos delictivos lo acogen de un modo general, salvo en algunos supuestos específicos. Eso quiere decir que sólo en aquellos casos en los que se equiparan el hacer activo del funcionario y el simple consentir que el extraño realice la conducta activa puede aceptarse la teoría de los «delitos consistentes en la infracción de un deber», como, por ejemplo, sucede cuando el funcionario o autoridad consiente en la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir el acceso a un documento del que tenga su custodia (art. 414,1), o permite el acceso a documentos secretos (art. 415; en relación con los secretos relativos a la defensa nacional, el art. 601 castiga incluso al encargado de la custodia de esos secretos que «por imprudencia grave» diere lugar a que otro los conociera); o en la malversación de caudales públicos, cuando el funcionario consiente que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (art. 432). Respecto a la intervención del particular en estos delitos, muchas veces el problema se ha resuelto expresamente elevando a la categoría de delito independiente contra la Administración pública la conducta del particular: así, por ejemplo, en el art. 418 se castiga al particular que se aprovecha de la información privilegiada suministrada por el funcionario o autoridad; en el art. 423, al que intenta corromper a las autoridades o funcionarios públicos; y en el art. 429, al que influyere en un funcionario o autoridad. Pero cuando no es así, deben aplicarse las reglas generales de la participación, respondiendo también el particular por el delito especial, aunque, como dispone el apartado 3 del art. 65, añadido en la reforma de 25 de noviembre de 2003, «cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate» (en este sentido ya se había pronunciado un sector de la doctrina

y la jurisprudencia, véase MUÑOZ CONDE, 14ª ed., p. 933; RUEDA MARTÍN, p. 164; cfr. también SSTS 18 enero 1995 y 24 junio 1995, y el comentario a las mismas de MARÍN DE ESPINOSA, 1996, pp. 22 ss. Sobre este problema en relación con el delito de malversación, véase *infra* capítulo siguiente).

c) En todo caso, debe tenerse en cuenta que respecto al funcionario público la responsabilidad penal en esta materia corre paralela con una *responsabilidad disciplinaria*, dado el carácter de infracción del oficio público que estos delitos tienen. Esta responsabilidad disciplinaria puede ser incluso más grave que la penal, pudiendo llegar en los casos de infracciones muy graves (y la mayoría de los delitos comprendidos en el Título XIX lo son) a la separación definitiva del servicio (Ley de Funcionarios Civiles del Estado, arts. 87 y ss.; Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero, etc.). De este modo se infringe el principio *ne bis in idem* y se produce una subversión de valores, poniéndose una vez más en nuestro Ordenamiento la gravedad de la sanción administrativa por encima de la gravedad de la sanción penal. El Tribunal Constitucional en diversas resoluciones (30 enero 1981, 3 octubre 1983) ha establecido una dependencia, en cuanto a los hechos probados, de la sanción disciplinaria respecto a la sanción penal, pero mantiene la posibilidad de ambas sanciones cuando además de un delito la acción del funcionario afecta al servicio público (cfr. art. 42 Cp; véase BENLLOCH PETIT, pp. 303 ss.).

d) Distinta de la responsabilidad penal y de la responsabilidad disciplinaria es la *responsabilidad política*, que suele plantearse con frecuencia cuando se dan casos relacionados con los delitos de los que aquí se trata en los que pueden estar involucrados autoridades políticas. Corresponde al Parlamento el control y la exigencia de responsabilidad política por el mal uso o el abuso y la desviación en el ejercicio del poder político, incluso aunque éste se ejerza sin rozar los límites del Derecho penal. Así, por ejemplo, un personaje político no tiene por qué ser responsable penalmente de hechos de corrupción incluso delictivos que hayan cometido sus parientes, colaboradores o subordinados, utilizando indebidamente su nombre o las facultades en ellos delegadas por el personaje en cuestión. Pero aunque no tenga responsabilidad penal, siempre le queda al político la posibilidad de la dimisión o la rendición de cuentas ante el Parlamento. La responsabilidad penal no exime de la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir de la penal. Ambas van por derroteros distintos y no tienen por qué excluirse o impedirse mutuamente. La trascendencia social y política de estos hechos es lo que, de todos modos, explica el que algunos de los delitos aquí tipificados (infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales y las negociaciones prohibidas a los funcionarios) sean enjuiciables por el *Tribunal del Jurado*, de acuerdo con la Disposición Final 2ª del Código penal.

PREVARICACIÓN Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

El Capítulo I del Título XIX contiene bajo el nombre «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» una pluralidad de tipos delictivos de difícil reducción a un denominador común. El mismo significado lingüístico de «prevaricación» es excesivamente vago, por cuanto sólo indica un quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas que, en el fondo, se da en todos los delitos de funcionarios públicos. El concepto de prevaricación es aplicable específicamente al delito previsto en el art. 404, mientras que los tipificados en los arts. 405 y 406 vienen referidos a determinados comportamientos en relación con el nombramiento ilegal de alguien para un cargo público o con la aceptación de ese cargo.

A) PREVARICACIÓN DE FUNCIONARIOS

> Dice el art. 404: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

Este precepto constituye el tipo básico de otros delitos de prevaricación que se remiten a este art. 404, pero que castigan además con la pena de prisión o la de multa la prevaricación cometida por el funcionario en determinados ámbitos, como, por ejemplo, la ordenación del territorio (art. 320), la conservación del patrimonio histórico (art. 322) y la protección del medio ambiente (art. 329). La redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del art. 404 (por ej., se utiliza en ellos la expresión «contrarias a las normas urbanísticas» o «manifiestamente ilegales», mientras que en el art. 404 se emplea la

de «resolución arbitraria»), pero, salvo en el marco penal, constituyen el mismo delito, aunque habrá que tener en cuenta las particularidades típicas en cada caso. No sucede lo mismo con la *prevaricación judicial* que, como delito contra la Administración de Justicia, se tipifica en el Título XX con una regulación mucho más amplia.

La «prevaricación administrativa» es tanto en su elaboración teórica (merced a los importantes trabajos de Octavio de Toledo, Martínez-Buján Pérez, Roldán Barbero, 1993, González Cussac y, en lo que se refiere a la prevaricación judicial, de García Arán), como en su aplicación práctica (a través de importantes SSTS como las de 25 abril 1988, 17 septiembre 1990, 26 febrero 1992 y 5 mayo 1994), un delito elaborado en los últimos años sobre todo a partir de una concepción democrática del poder, en el que éste pasa a ser controlado judicialmente en sus desviaciones y excesos, llegándose incluso a la exigencia de responsabilidad penal cuando en el ejercicio de ese poder se produce una «aplicación torcida» del Derecho, que es, en definitiva, el núcleo de la prevaricación. La desviación de poder y la corrupción política y administrativa no sólo no son consustanciales a la democracia, sino incompatibles con ella y con un control democrático de los actos administrativos. Los principios de igualdad de oportunidades, de participación ciudadana en el control del poder y, sobre todo en lo que a la prevaricación afecta, de imparcialidad y corrección en la actuación administrativa (art. 103 CE) son básicos en el Estado de Derecho. Cuando no sólo no se respetan, sino que además se infringen gravemente es cuando se recurre al medio sancionatorio más contundente de cuantos dispone el Ordenamiento jurídico, el Derecho penal. También aquí el Derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, debiendo reservarse sólo para aquellos casos en los que la actuación administrativa constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que pueda ser corregida con otro tipo de instrumentos jurídicos. Algunas de estas infracciones constituyen tipos delictivos específicos como son la infidelidad en la custodia de documentos, la revelación de secretos, el cohecho, la malversación, etc., que se recogen en este Título XIX que regula los delitos contra la Administración pública; pero para sancionar adecuadamente otras actuaciones administrativas incorrectas igualmente merecedoras de sanción penal se requiere de un delito genérico de prevaricación que, de algún modo, constituye el tipo básico al que reconducir los hechos que no son subsumibles en otros tipos delictivos del Título XIX más

específicos. Esta es la función que cumple el art. 404, cuyo estudio vamos a realizar.

Tipo objetivo

La conducta típica consiste en dictar una «resolución arbitraria», es decir, una acción positiva de realización de un acto administrativo, que, en principio, se estima incompatible con la simple omisión (así, por ej., STS 25 abril 1988; González Cussac, 1997, p. 81; Roldán Barbero, 1993, p. 3; a favor de esta posibilidad, Octavio de Toledo, 1980, pp. 49 ss., y 1996, pp. 6 s., quien considera que la expresión «dictare» no es incompatible con la posibilidad de la comisión por omisión, que además puede fundamentarse en base al art. 11). Efectivamente, el reconocimiento en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de una cierta eficacia jurídica a los llamados «actos presuntos» posibilita que también por esta vía pueda hablarse de acto administrativo y que, por tanto, éste pueda dar lugar a un delito de prevaricación, siempre que se trate de un «asunto administrativo», es decir, de un asunto en el que se realicen funciones características de la Administración pública, y el sujeto que las realice tenga al menos aparentemente (recuérdese lo dicho *supra* sobre el funcionario de hecho) la cualidad de funcionario o autoridad (véase un resumen del criterio jurisprudencial en Granados, Acuerdos, pp. 166 ss., quien expone el acuerdo de la Junta General del Tribunal Supremo celebrada el 30 de junio de 1997, de la que es expresión la STS 2 julio 1997: alcalde que no convoca el Pleno).

Mayores dificultades presenta la interpretación de los términos «injusticia» y «arbitraria». En el anterior Código penal sólo se hablaba de «resolución injusta» (cfr. art. 358 del anterior Código penal). Octavio De Toledo (1996, p. 9) critica esta sustitución, porque, a su juicio, la arbitrariedad no es más que una forma de injusticia, a la que no pueden reconducirse todas las demás. Pero la introducción de este término no ha cambiado mucho las posibilidades interpretativas de este delito, por cuanto la arbitrariedad es una forma de injusticia y este concepto sigue constituyendo el núcleo esencial del delito de prevaricación, tanto en el art. 404, como en otros en los que se regulan supuestos específicos de prevaricación (cfr. arts. 320, 322, 329, 446 y 447; en este sentido también González Cussac, 1997, pp. 70 ss.; Morales Prats/ Rodríguez Puertas, en Quintero, Comentarios, p. 1131). En

todo caso, tanto el concepto de arbitrariedad como el de injusticia son *objetivos* y, por tanto, no dependen de las convicciones particulares o subjetivas del funcionario. Aunque en un Estado de Derecho injusticia e ilegalidad son términos equivalentes, no debe olvidarse que en la interpretación de la ley hay algo más que la simple literalidad del precepto en cuestión, y que tan decisivo o más que la propia literalidad es la interpretación jurisprudencial y doctrinal del precepto, su correspondencia con la Constitución, el cumplimiento de principios interpretativos básicos, etc. En definitiva, el problema de lo que debe entenderse por injusticia se traslada al ámbito de la interpretación, debiendo entenderse como injusta toda interpretación jurídica que sea difícilmente justificable en el plano teórico. También actuaciones «de facto» en las que, aparentemente, no se conculcan normas jurídicas, pueden constituir una injusticia y, por tanto, prevaricación, por ejemplo el retraso excesivo en la adopción de una resolución, la arbitrariedad (que no es la esencia de la prevaricación, sino una forma de manifestación de la misma), la desviación de poder, la decisión desigual de supuestos iguales (se le da, por ej., la licencia de construcción a unos, pero no a otros que se encuentran en la misma situación; se impone la sanción de tráfico a un conductor que ha cometido una infracción, pero no a otros que también la cometen pero que son amigos del policía). Igualmente puede considerarse injusta la decisión materialmente correcta, pero adoptada sin tener en cuenta las normas procedimentales más elementales (conceder autorización a una empresa de juegos no inscrita, sin previa convocatoria y sin requerir los informes preceptivos, cfr., por ej., STS 17 septiembre 1990: «caso Barreiros», y el comentario crítico a la misma de Martínez-Buján, 1995, pp. 15 ss.). En todos estos casos, la posibilidad de recursos administrativos que invaliden la resolución administrativa adoptada no elimina la existencia del delito de prevaricación.

Tipo subjetivo

La exigencia de que la resolución se adopte «a sabiendas de su injusticia» limita la posible exigencia de responsabilidades penales por este delito a los comportamientos injustos más graves y patentes, quedando fuera del art. 404 las resoluciones injustas objetivamente, pero adoptadas por negligencia, imprudencia, error o ignorancia, que pueden dar lugar, sin embargo, a sanciones de tipo disciplinario y a responsabilidad civil.

Concurso

Al constituir el art. 404 el tipo básico de todos los delitos contra la Administración Pública, queda generalmente desplazado por todos aquéllos cuya esencia consiste de algún modo en la realización de un acto injusto (nombramiento ilegal, abandono de destino, desobediencia, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, etc.). Cabe, sin embargo, el concurso con el cohecho (art. 419) y con el tráfico de influencias (art. 428. A favor de la tesis del concurso de leyes, De La Mata Barranco, pp. 347 ss.).

B) NOMBRAMIENTOS ILEGALES

> Dice el art. 405: «A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

El ejercicio de la función pública requiere determinadas cualidades en la persona llamada a ejercerla, variables según la función concreta a desempeñar. La falta de uno de estos requisitos o cualidades determina la nulidad del nombramiento. En el art. 405 se castiga incluso la simple propuesta, aunque no se haya llegado al nombramiento o a la toma de posesión, que constituyen actos posteriores impunes ya castigados con la propuesta, salvo que se produzcan directamente. Presupuesto objetivo es que el nombramiento (ilegal) se practique en el ejercicio de la competencia del funcionario o autoridad, lo que significa un abuso de esa competencia que es lo que constituye el núcleo del delito. El tipo subjetivo requiere que el nombramiento ilegal se produzca «a sabiendas» de la ilegalidad (cfr. Mir Puig, 1996, pp. 307 ss.).

C) ACEPTACIÓN DE NOMBRAMIENTO ILEGAL

El art. 406 castiga con la pena de multa prevista en el art. 405 a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el art. 405, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles. En realidad, se trata de una forma de participación en

el delito de nombramientos ilegales visto en el apartado anterior, pero, como sucede en tantas otras ocasiones en este mismo Título, el legislador ha querido resolver los problemas interpretativos que surgen en los delitos especiales propios elevando a la categoría de delito independiente la participación del particular en su nombramiento ilegal. El tipo requiere igualmente el conocimiento de la falta de los requisitos legalmente exigibles.

El particular nombrado ilegalmente se convierte en *funcionario de hecho*, pudiendo cometer además de este delito cualquier otro relacionado con la función que ilegalmente desempeñe como consecuencia de su nombramiento ilegal (cohecho, malversación, prevaricación, etc.), que entrará en concurso con el previsto en el art. 406.

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

En el Capítulo IV del Título XIX se tipifican «la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos». Aunque ambos delitos tienen puntos en común, pues se trata de hechos relacionados con el deber de sigilo y de custodia de determinados objetos que incorporan datos de interés para la Administración, la infidelidad en la custodia de documentos es un delito más amplio que los relacionados con los secretos, ya que, como dice Roldán Barbero (1996), se identifica más con la seguridad en la custodia y en el tráfico documental, debiendo, por tanto, estudiarse separadamente de los delitos relacionados con los secretos (véase *infra* epígrafe siguiente), aunque en el art. 415 se tiene ya en cuenta que los documentos sean secretos para castigar el acceso indebido a ellos. Por lo que se refiere a la infidelidad en la custodia de documentos, el Capítulo IV regula sus distintas modalidades en los arts. 413 a 415, cuando son cometidos por autoridad o funcionario público, imponiendo el art. 416 las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las señaladas en los tres artículos anteriores a «los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos». Los delitos de infidelidad en la custodia de documentos pueden clasificarse del siguiente modo:

A) SUSTRACCIÓN, DESTRUCCIÓN, INUTILIZACIÓN U OCULTACIÓN DE DOCUMENTOS

> El art. 413 castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años a «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo».

Tipo objetivo

Sujeto activo es la autoridad o funcionario público (o el particular en los casos previstos en el art. 416) al que están confiados los documentos «por razón de su cargo».

La acción consiste en sustraer, destruir, inutilizar u ocultar los objetos a que se refiere el tipo. La equiparación entre estas modalidades es cuestionable desde el punto de vista político-criminal, pues, como ya puso de relieve Groizard (IV, p. 146), «la sustracción y la destrucción de documentos es en el orden ideológico más grave que su ocultación». Tampoco es muy afortunado el empleo del verbo «sustraer», ya que supone una conducta de desposesión que mal puede darse aquí, al exigir el tipo que los documentos o papeles estuviesen confiados al funcionario por razón de su cargo, lo que implica una previa posesión legítima de dichos efectos. A la sustracción equivale el hecho de entregarlos a otra persona, no así el consentir que otro los sustraiga, que todo lo más puede fundamentar una participación en hurto, o los delitos previstos en los arts. 414 y 415. Por «destrucción» se entiende el deterioro o aniquilamiento del documento, aunque sea parcial, siempre que afecte a un extremo esencial. También la alteración de algún extremo importante del documento (por ej., borrar los datos de identificación de su autor) es «destrucción» del mismo, pues lo importante es la integridad jurídica del documento como tal (cfr. STS 11 junio 1966), aunque también se puede incluir en la expresión «inutilizare» añadida en el Código penal de 1995. «Ocultar» significa colocar el documento en un ámbito de custodia distinto al que fue confiado, impidiendo su utilización. (Véanse SSTS 2 abril 1971, 15 y 22 marzo 1975).

Tipo subjetivo

Las expresiones utilizadas al describir la acción típica («sustraer», «destruir», «inutilizar», «ocultar») muestran claramente el carácter doloso de este delito, reforzado por la expresión «a sabiendas». No es necesario, sin embargo, el conocimiento del daño producido a la Administración pública, ni la voluntad de producirlo.

B) QUEBRANTAMIENTOS DE MEDIOS PUESTOS PARA IMPEDIR EL ACCESO

> El art. 414,1 castiga con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años a «la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización».

Presupuesto de este tipo delictivo es que la autoridad competente haya restringido el acceso a determinados documentos. Tradicionalmente, ello se llevaba a cabo a través del sellado o lacrado del documento, de ahí que lo que se castigaba en el art. 365 del anterior Código penal fuera el quebrantamiento de sellos. La nueva redacción amplía el delito al quebrantamiento de otros medios de restricción del acceso a los documentos, como pueden ser, por ejemplo, las claves informáticas. Lo importante es, pues, que la autoridad competente haya restringido el acceso al documento mediante algún tipo de medio idóneo para marcar alguna cosa (mueble o inmueble), identificarla, cerrarla, etc. La conducta típica de la autoridad o funcionario, o del particular asimilado (art. 416), puede consistir tanto en destruir o inutilizar personalmente los medios puestos para restringir el acceso, como en consentir que otro lo haga. Se tipifica aquí, por tanto, un quebrantamiento del deber especial que incumbe al funcionario encargado de la custodia del documento, y no simplemente una modalidad comisiva determinada. El *consentimiento* debe interpretarse como un consentimiento al quebrantamiento y, por consiguiente, como un consentimiento doloso, lo que se refuerza con la expresión «a sabiendas».

El párrafo segundo del art. 414 castiga con la pena de multa de seis a dieciocho meses al «particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior».

C) ACCESO A DOCUMENTOS SECRETOS

> El art. 415 castiga con la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años a «la autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo» (las penas se extienden también, como ya se ha dicho, por imperativo del art. 416 a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos).

Este delito es subsidiario del anterior, tipificándose también en él tanto la conducta activa, como la comisión por omisión. Téngase en cuenta que esta equiparación no puede elevarse a criterio general, por cuanto lo impide el principio de legalidad y la teoría de la accesoriedad de la participación. Quizás la única explicación sea la de que mientras en otros delitos similares (por ejemplo, el art. 413) la conducta del particular constituye por sí sola delito y el funcionario puede ser castigado como partícipe en este delito (hurto, daños, etc.), en el caso de los arts. 414 y 415 la punición del funcionario que consiente que el particular lleve a cabo las conductas allí descritas sería difícil, al no constituir estas conductas siempre un delito para el particular, que, sin embargo, puede así responder también como partícipe en el hecho del funcionario.

Prácticamente la totalidad de los casos subsumidos en el antiguo art. 366, que se corresponde con el actual art. 415 aunque aquél tenía una redacción más amplia, eran la apertura y subsiguiente apoderamiento del contenido de las cartas realizado por funcionarios de Correos (véase STS 5 noviembre 1974), de ahí que se planteara siempre el concurso con el hurto, si la apertura tenía por finalidad el apoderamiento del contenido, y con los daños, cuando éstos eran económicamente valorables (el simple rasgar un sobre no debe estimarse como daño, véase STS 3 octubre 1963). Con la actual redacción la solución es la misma, aunque al exigir el actual art. 415 el carácter «secreto» del documento (sobre el concepto de secreto véase *infra* epígrafe siguiente), no siempre se puede decir que en la apertura de un sobre conteniendo, por ejemplo, un valor declarado, se pueda cometer este delito. En todo caso, y siempre que se den los presupuestos del mismo, puede venir en aplicación el delito previsto en el art. 535. La relación del art. 415 con el delito previsto en art. 535 es de concurso de leyes, siendo de preferente aplicación el art. 415, que exige que el

funcionario tenga confiado el documento secreto. (Véanse SSTS 17 octubre 1968 y 25 enero 1991; ROLDÁN BARBERO, 1996).

VIOLACIÓN DE SECRETOS Y USO INDEBIDO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

La Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, modificó los arts. 367 y 368 del anterior Código penal, dándole al Capítulo IV del Título VII del Libro II una nueva rúbrica que rezaba así: «De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido». En el Código penal actual se regulan separadamente la «violación de secretos» en el Capítulo IV (arts. 417 y 418) y el uso indebido de los secretos o de información privilegiada en el Capítulo IX (art. 442) del Título XIX. Tal distorsión sistemática no está, sin embargo, justificada y provoca, como veremos, algún problema interpretativo; por ello procedemos a estudiar ambos delitos bajo el mismo epígrafe, sin perjuicio de resaltar en su momento las diferencias (sobre la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 816 ss.; sobre la regulación anterior a 1991, véase la 8ª ed., pp. 757 ss.; sobre la reforma de 1991, véase MUÑOZ CONDE, 1991; ORTS BERENGUER, 1994, pp. 213 ss.; REBOLLO VARGAS, Barcelona 1996, pp. 69 ss.).

A) VIOLACIÓN DE SECRETOS

> Dice el art. 417: «1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.
> Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.
> 2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

El concepto central en base al cual gira este precepto es el de *secreto*, es decir, algo conocido por pocas personas que, conforme al interés público o privado, no debe ser publicado o dado a conocer a un círculo más amplio.

En el secreto oficial, el carácter de secreto viene, normalmente, determinado por la propia naturaleza del hecho y en base a una ley o disposición de carácter general. Así, por ejemplo, la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre, establece que las «materias clasificadas» pueden tener la categoría de «secreto» o de «reservado», según el grado de protección que se les dispense. Cuando esa «materia» (o «información») pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado, su revelación constituye los delitos específicamente previstos en los arts. 598 y ss. del Código penal (cfr. también los arts. 53 a 56 del Código penal militar). Pero estas disposiciones se refieren al descubrimiento de secretos oficiales específicos que puede cometer cualquier persona, sea funcionario o no. El art. 417 queda, pues, como un tipo residual para incluir en él los secretos oficiales cuya revelación no estuviera especialmente tipificada y siempre que fuera cometida por el funcionario que tuviere conocimiento de los mismos por razón de su cargo. En él se incluyen hechos como la revelación de secretos sumariales (cfr. art. 301 LECrim.), la apertura anticipada de las plicas de un concurso y la revelación de las ofertas a los posibles interesados.

Junto a la violación de secretos oficiales se tipifica en el pfo. 2 del art. 417 la de *secretos privados* (*«secretos de un particular»*). En este caso, el carácter *secreto* de un hecho lo determina la propia voluntad del interesado o titular que tiene derecho a que no se conozcan hechos relativos a su intimidad más allá del estricto círculo de las personas que por razón de su cargo tienen que conocerlo (por ej., el inspector de Hacienda respecto a los ingresos del contribuyente, el Juez que conoce en un proceso de divorcio la frigidez, el alcoholismo o la homosexualidad alegada contra uno de los cónyuges). Al determinar la voluntad del particular a quien afecta el hecho el carácter secreto del mismo, su comunicación a los medios de comunicación o su descubrimiento y revelación pública por el propio particular afectado excluye el carácter secreto del hecho y con ello la tipicidad del art. 417,2. Sin embargo, cuando, a pesar de afectar a un particular, la ley impone expresamente el carácter secreto (por ej., secreto sumarial), el funcionario cometerá el delito previsto en el art. 417,1 aunque el particular consienta en su descubrimiento o revelación.

Aunque en relación con los secretos de un particular no se haga mención expresa a que el funcionario los conozca por *razón de su cargo* (u oficio), dicha exigencia está implícita, dado que la violación de secretos de particular no es más que un subtipo del delito previsto

en el pfo. 1. El interés adicional que representa la intimidad del particular es tenido en cuenta, imponiendo para la revelación de secretos de particular, además de las penas de suspensión y multa, la de prisión. Los casos de revelación de secretos del particular que el funcionario no haya obtenido por razón de su cargo deben ser tratados por otros tipos delictivos, como los recogidos en los arts. 197 y ss.

En la expresión «revelare» se comprende igualmente la entrega, con la ventaja de que no restringe el tipo a los secretos que constan documentalmente, e igualmente admite la *comisión por omisión*, como, por ejemplo, permitir que sea otro el que obtenga directamente la información dejándole que tenga acceso a los soportes materiales del secreto. El pfo. 1 del art. 417 extiende además el tipo a la revelación de informaciones de las que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, lo que supone una excesiva ampliación, aunque, en todo caso, se dice que se trata de «secretos o de informaciones» *que no deban ser divulgados*.

Esta referencia específica al «deber» en la configuración del tipo lo convierte de hecho en una norma penal en blanco, pues sólo a través de otros preceptos extrapenales se puede saber cuándo el funcionario está autorizado a revelar secretos o informaciones de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo.

Causas de justificación

El art. 417,2º de la LECrim. exime de la obligación de declarar a «los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieran declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida». Sin embargo, este precepto no puede convertirse en una patente de corso para el funcionario que también, por otros mandatos legales (cfr. por ej., art. 118 CE, art. 412 Cp), está obligado a cooperar con la Administración de Justicia. Se trata, una vez más, de una *colisión de intereses* que debe ser resuelta por la vía del *estado de necesidad*, dándole primacía al fin de la realización de la Justicia frente al puramente funcional del mantenimiento del secreto. Sería un verdadero contrasentido que, por ej., el inspector de Hacienda ocultara determinados hechos o circunstancias tributarias a la autoridad judicial que estuviera investigando un delito fiscal. Como igualmente lo sería que un funcionario policial negara al Juez suministrarle datos relacionados con la comisión de algún delito que estuviere el Juez investigando. El denominado secreto policial, el secreto fiscal o cualquier otro obtenido por el funcionario en el ejercicio de su cargo debe, pues, ceder ante el valor prioritario de la Administración de Justicia.

Especialmente claro es el art. 126 de la Constitución, al establecer que «la Policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca», y estos términos no pueden ser otros que los de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía judicial, que ponen especial énfasis en la vinculación de la policía a los Jueces o Tribunales, que son, en definitiva, los encargados de administrar Justicia.

Ello naturalmente no excluye que, en los casos en que el secreto nada tenga que ver con la investigación judicial en un proceso penal, el funcionario policial tenga el derecho y también la obligación de seguir manteniendo el secreto profesional y que, por supuesto, tenga que mantenerlo en todo caso *ad extra*, es decir, frente a personas no legitimadas para obtener información, sean autoridades no judiciales, particulares, medios de comunicación, etc.

Se resuelve así también el problema de la identificación ante el Juez de los *confidentes policiales*, es decir, de los que prestan sus servicios de información a la policía, bien sea altruistamente o de forma remunerada. Es obvio que la ocultación de sus nombres es importante para su propia eficacia, además de impedir represalias de los delatados, etc. Pero, por las razones ya dichas, el confidente debe ser identificado ante la autoridad judicial que investigue un hecho, de lo contrario su testimonio carece de valor procesal. Es más, si el Juez requiere sus datos y el funcionario policial no se los da, éste comete un delito de denegación de auxilio a la Justicia previsto en el art. 412 (cfr., sin embargo, STS 22 marzo 1986, aunque la absolución del Comisario General de Información que no dio al Juez los nombres de los confidentes se fundamenta en base al error de prohibición y no por inexistencia objetiva del deber de información, véase *infra*: denegación de auxilio).

Cosa diferente es que este deber de información tenga que prestarse con todas las garantías y cautelas a que obliga la propia operatividad del dato confidencial, pero estas son cuestiones de procedimiento que en nada afectan al fondo del asunto.

¿Qué sentido o qué alcance tiene entonces el art. 417,2º de la LECrim.? Probablemente, dada la época en que entró en vigor la LECrim., en la que no había ninguna regulación del secreto de Estado, ni una ley de secretos oficiales, se pretendía preservar lo que hoy se entiende como «materia legalmente clasificada», cuya revelación pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. Pero actualmente, con la Ley de Secretos Oficiales, la declaración de materia reservada corresponde al Consejo de Ministros y al Ministerio de Defensa, que no ha declarado hasta la fecha como tal los datos de identificación de, por ejemplo, un confidente policial. Fuera de estos casos parece, pues, que en un Estado democrático de Derecho el funcionario debe suministrar la información sobre personas o hechos que conozca y le solicite un Juez o Tribunal en el curso de la sustanciación de un proceso penal. El inciso 2º del pfo. 2º del art. 417 de la LECrim., relativo a la negativa a prestar declaración sin autorización del superior, debe entenderse, pues, como una simple precaución procedimental para preservar el

principio de jerarquía dentro de la Administración. Es decir, es lógico que se recabe la autorización del superior jerárquico cuando sea éste el que haya impartido una determinada orden en virtud de la cual se haya obtenido el dato que el Juez solicita. Por esta vía se puede llegar, en última instancia, a pedir la declaración del máximo órgano del poder ejecutivo, bien sea el Ministro del ramo, bien el propio Presidente del Gobierno. Ello en ningún caso compromete, sino confirma la verdadera esencia del Estado democrático de Derecho. El Tribunal de Conflictos, en su sentencia de 15 de diciembre de 1995, al resolver el conflicto de competencias entre el Juez y el Ministro de la Defensa en relación con la entrega por parte de éste de determinados documentos pedidos por el Juez necesarios, a su juicio, para la investigación de graves delitos, ha señalado que debe solicitarse del Consejo de Ministros la revelación de datos que afecte a la seguridad y defensa del Estado y que, por tanto, sea «materia legalmente clasificada» de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales, pero no que el Juez, una vez cumplido este trámite, no pueda investigar dichos hechos. El problema se planteará, de todos modos, si el Consejo de Ministros acuerda no suministrar los datos requeridos invocando la Ley de Secretos Oficiales (véanse los respectivos comentarios de REBOLLO VARGAS y MORALES GARCÍA a la sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 diciembre 1995 en CJ 1996; también STS 12 marzo 1992 y Auto del TS 20 febrero 1995 y el comentario de REBOLLO VARGAS, Barcelona 1996, pp. 258 ss. ORTS BERENGUER, 1994, pp. 225 ss., considera, sin embargo, que en los casos cubiertos por la Ley de Secretos Oficiales habrá siempre «cumplimiento de un deber», art. 20,7º, para el funcionario que se niegue a declarar; de esta opinión también OTERO GONZÁLEZ, 1999, pp. 315 s.; 2000, p. 134, quien, sin embargo, considera que el requisito «por mandato de superior jerárquico» debería desaparecer).

El art. 417 contiene *delitos especiales* en los que caben las formas generales de participación, inducción, cooperación necesaria o complicidad. La coautoría del particular en los delitos previstos en el art. 417 sólo puede castigarse por los delitos comunes previstos en los arts. 197 a 199. El funcionario o autoridad que se sirve para revelar el secreto o información de una persona que actúa atípica o justificadamente, como, por ejemplo, un periodista que publica la información que se le ha suministrado, actúa como autor directo. El art. 418, para evitar lagunas de punibilidad o problemas interpretativos, ha elevado a la categoría de delito independiente, castigándola con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado y, si resultara grave daño a la causa pública o a tercero, con la pena de prisión de uno a seis años, la conducta del «particular que aprovechare para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad». Este precepto también puede ser aplicable al uso de la información privilegiada por parte del particular en relación con lo dispuesto en el art. 442 (cfr. *infra*).

El art. 417 sigue manteniendo la cualificación cuando de la revelación a que se refiere el párrafo primero «resultara grave daño para la causa pública o para tercero», que entiendo como *cualificación por el resultado*, es decir, basta que se dé imprudencia respecto a ese grave daño.

Por lo demás, respecto a los tipos básicos de revelación de secretos oficiales o privados, se requiere el *dolo*, tanto en relación con el carácter secreto del hecho que se revela, como en relación con la revelación misma. Aunque en la práctica es posible la imprudencia que en forma de indiscreción, descuido o negligencia puede dar lugar a la revelación de datos confidenciales, al no haber una previsión expresa para su punición, como la del art. 601, debe limitarse la responsabilidad penal a la dolosa, dejando a salvo, naturalmente, la responsabilidad disciplinaria para los casos de imprudencia.

B) USO INDEBIDO DE SECRETO O DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Como ya se ha dicho, este delito no se regula en el Capítulo IV junto con la violación de secretos, sino en el IX del Título XIX bajo la rúbrica «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función». Ciertamente, el uso indebido de secreto o de información privilegiada es un abuso de la función pública, pero dicho abuso está en íntima relación con el deber de sigilo, del que implícitamente forma parte el no hacer uso de la información que se obtiene en el ejercicio de la función pública para fines particulares.

Dice el artículo 442: «La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

La penalización de la revelación de secretos, oficiales o privados, ni en el caso del funcionario o autoridad, ni en el del particular, agota todas las formas de utilización abusiva de los mismos. Es posible también imaginar que alguien que pertenece al círculo de las pocas personas que conocen un dato o información reservada o secreta utilice ese conocimiento en beneficio propio (o ajeno) sin necesidad de revelarlo o descubrirlo a un tercero. Basta, por ejemplo, que sepa que el Ayuntamiento va a recalificar unos terrenos y permitir su urbanización, para que antes de que ello trascienda compre algunas parcelas que en poco tiempo multiplicarán por diez su valor. O al contrario, que la Administración va a expropiar su finca para hacer allí un establecimiento penitenciario, vendiéndola todavía a buen precio a un ingenuo que pensaba construir allí un complejo turístico.

El *bien jurídico protegido* en el nuevo precepto es, como en casi todos los delitos cometidos por funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus cargos, la rectitud y la imparcialidad de la Administración, pero también el deber de no aprovecharse de conocimientos adquiridos en el ejercicio de la función pública para conseguir un interés privado, lesionando con ello también el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley, que no debe admitir que el poder político se utilice en beneficio particular del que lo detenta.

Sujeto activo sólo puede serlo el funcionario público o autoridad. La restricción del círculo de autores a estos sujetos no excluye, sin embargo, las reglas generales de la participación. Siendo *delitos especiales* no cabe hablar de coautoría ni de autoría mediata del particular, con lo que se plantea el problema de cómo puede incriminarse la conducta del particular que hiciere uso de la información recibida. La impunidad sólo puede ser salvada entendiendo que es también aplicable aquí lo dispuesto en el art. 418, a lo que desde luego no se opone el tenor literal del precepto, aunque hubiera sido también preferible aquí una declaración expresa similar.

La *conducta típica* consiste en hacer uso del secreto o información privilegiada. También aquí se plantea el problema de si puede entenderse por tal la comunicación del secreto o información a un tercero. A mi juicio ello no es posible, pero no se crea, al menos para el funcionario, en esta interpretación una laguna de punibilidad, porque siempre sería aplicable el art. 417.

El artículo 442 es siempre subsidiario del 417; si el uso va precedido de la revelación del secreto, será éste el tipo aplicable, entendiéndose el uso como un acto copenado impune, igual que sucede con el

uso del documento falso respecto a la falsificación misma del documento (salvo que resulte más pena aplicando el art. 442).

Difícilmente imaginable es la *comisión por omisión*, pues la expresión «haciendo uso» requiere normalmente un comportamiento activo (comprar acciones, intervenir en algún tipo de actividad compatible, etc.). La simple omisión (a la vista de la información privilegiada abstenerse de hacer lo que se pensaba hacer, por ej. comprar las acciones de una determinada sociedad) es, por tanto, y aparte de las dificultades probatorias, impune.

Objeto material es el secreto o la información privilegiada. El secreto, hecho sólo conocido por un círculo de personas, puede ser público o privado, pero es necesario que haya sido conocido por el funcionario o autoridad por razón de su oficio o cargo. Si no es así, su utilización como tal es impune. Piénsese en un alto cargo del Ministerio de Justicia que recibe información de un amigo suyo de que se va a hacer una ampliación a la par de las acciones de un banco. Otra cosa sería que el alto cargo lo fuera del Ministerio de Hacienda o del Banco de España y que tuviera que intervenir de algún modo en la autorización de dicha ampliación.

La misma interpretación restringida hay que dar en relación con la *información privilegiada*. Ésta es definida expresamente en el párrafo 2, *in fine*, del art. 442, siguiendo la definición contenida en el art. 81 de la Ley del Mercado de Valores. Por tal se entiende: «toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

Elementos particulares de este concepto son tanto el *carácter concreto* de la información (es decir, referida a un ámbito determinado), como el que sea *desconocida para el público* (es decir, no haya sido notificada, publicada o divulgada). Respecto a este último requisito no es suficiente el simple rumor o la vaga noticia aparecida en la prensa para hacerle perder el carácter de información privilegiada, aunque a veces la información periodística aún sin confirmar puede convertirlo en un hecho ya notorio. En este caso, habrá que estar a la fecha en que la información empieza a ser conocida y la fecha en que el funcionario o la autoridad ya la poseía, para ver si efectivamente llegó a utilizarse indebidamente.

En todo caso, la constatación del abuso del cargo u oficio es fundamental, pues si la información se obtiene por otras razones, su utilización no constituye el delito previsto en el art. 442.

Para su *consumación* es suficiente con que el sujeto activo haga uso del secreto o la información privilegiada, aunque no llegue a obtener un beneficio económico, que debe ser, sin embargo, su finalidad. En función de este beneficio que el sujeto debe pretender, aunque no lo consiga, se determina la pena de multa que junto a la inhabilitación especial se impone en el tipo básico. El delito es, pues, en su redacción actual, no así en su redacción originaria (cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 823 ss.), un delito de mera actividad, siendo difícilmente apreciables las formas imperfectas de ejecución. La obtención del beneficio constituye un *tipo cualificado*, imponiéndose en ese caso las penas en su mitad superior.

En el *tipo subjetivo*, el dolo lógicamente debe ir dirigido a la obtención del beneficio. Sin embargo, la producción de un grave daño para la causa pública o para un tercero se configura como una *cualificación por el resultado* respecto a la que sólo es exigible imprudencia (art. 442,2, penas: prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años).

DESOBEDIENCIA Y DENEGACIÓN DE AUXILIO

La actuación de la función pública está informada por dos principios: el de jerarquía y el de coordinación. El primero supone la superditación de los órganos inferiores a los superiores y el deber de obediencia de aquéllos frente a éstos. El segundo, la interrelación entre los diversos órganos y la mutua ayuda para el mejor cumplimiento de sus fines. La infracción de estos principios constituye la médula de los delitos que ahora vamos a examinar, tipificados en el Capítulo III del Título XIX.

En la doctrina española, QUINTERO OLIVARES, 1980, pp. 60 ss., acentúa la idea de infracción del deber como esencia de la desobediencia. Para ÁLVAREZ GARCÍA, p. 236, el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia «no puede ser otro más que el principio jerárquico en cuanto a través de él se tienda directamente a la consecución de los intereses generales». ROLDÁN BARBERO, 1996, matiza esta idea de jerarquía con la de competencia, ya que muchas veces, dada la separación entre los distintos poderes que pueden entrar en conflicto (Administración, Tribunales de Justicia), no se trata de subordinación de unos a otros, sino de cumplimiento de los deberes específicos de cada función o poder. En el mismo sentido también MAQUEDA ABREU, 1998, p. 5, quien cita la STS 14 marzo 1994, para la que «el bien jurídico protegido penalmente en este tipo delictivo es la buena marcha y el orden de la Administración».

A) DESOBEDIENCIA

Tipo objetivo

En relación con la desobediencia existen dos modalidades típicas:

a) Negativa abierta

> El art. 410,1 castiga con las penas de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años a «las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales».

La acción consiste en «negarse abiertamente». Es preciso, por tanto, una acción positiva, no bastando el simple incumplimiento o inejecución: acción positiva que ha de ser además «abierta», es decir, expresa, clara y terminante. Sin embargo un sector doctrinal y jurisprudencial admite la posibilidad de la simple omisión. En realidad, como indica ÁLVAREZ GARCÍA (p. 186), la conducta típica consiste «en un no prestar la obediencia requerida» y, por tanto, en una omisión propia, «independientemente de si en el caso concreto esa obediencia se plasma en un hacer o en un abstenerse», aunque lo normal será que la desobediencia se exteriorice a través de una conducta positiva (en el mismo sentido, MAQUEDA ABREU, 1998, p. 7 y STS 18 abril 1997).

El incumplimiento ha de recaer sobre «resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales». Las «resoluciones judiciales», especialmente las sentencias a las que se aludía antes expresamente, obligan tanto a los funcionarios judiciales como a los administrativos, mientras que las órdenes administrativas vinculan sólo al subordinado del que las da. Cuando la desobediencia a una sentencia judicial la realiza un órgano colegiado de la Administración, la imputación individual debe realizarse de acuerdo con la distribución de competencias y dejando a salvo la responsabilidad del funcionario o autoridad que haya votado en contra de la desobediencia. Cabe aplicar también el art. 31 (en este sentido ROLDÁN BARBERO, 1996, y MAQUEDA ABREU, 1998, p. 9).

Basta con que la orden, resolución judicial, etc., que es desobedecida tenga los requisitos legales mínimos de apariencia de legitimidad para obligar al funcionario. Esa legalidad mínima de la decisión («competencia, formalidades») constituye un elemento del tipo. La sentencia dictada por un Comisario de Policía, por ejemplo, no tiene este requisito mínimo y no es, por tanto, ni siquiera típica la desobediencia a ella. Una cuestión distinta es la posible justificación de la desobediencia a las decisiones pronunciadas con las formalidades mínimas, pero de contenido nulo. De este problema trataremos más adelante.

b) Desobediencia a una orden reiterada

> El art. 411 castiga con las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años a «la autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión».

Este precepto es subsidiario del anterior; dentro de ciertos límites el funcionario está facultado para suspender la ejecución de las órdenes que le ha dado su superior, pero, en todo caso, queda obligado a poner en conocimiento del superior dicha suspensión (*remonstratio*). Sólo cuando éste la desaprueba y manda continuar la ejecución es cuando se da el presupuesto de esta modalidad. La desobediencia en este caso puede ser meramente pasiva (no reanudar la ejecución, por ejemplo). Para Quintero Olivares (1980, p. 74) este delito no tiene razón de ser como tipo cualificado (actualmente ya no tiene pena de prisión, pero la multa y la inhabilitación son ligeramente más graves que las del art. 410,1). Álvarez García (p. 177) consideraba en la redacción del Código penal anterior absolutamente desproporcionada la pena del antiguo art. 370 (hoy 411) en relación con la del art. 369 (hoy 410), estimando aquel precepto incluso como parcialmente inconstitucional. Las críticas, en parte, han sido acogidas en la actual pena del art. 411, aunque Maqueda Abreu (1998, p. 10) lo sigue considerando incomprensible.

Tipo subjetivo

Tanto en la primera como en la segunda modalidad es necesario el dolo, pues la exigencia de que la negativa sea «abierta» en el primer caso y la desaprobación del superior en el segundo impiden la comisión por imprudencia, que además no es objeto de especial previsión.

Causas de justificación

El párrafo 2 del art. 410 contiene una causa de justificación.

> Dice así: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general».

> Hay que advertir que, antes de entrar en el ámbito de la justificación, quedan excluidas del ámbito de lo típico las desobediencias a las decisiones de la autoridad competente que no estén dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales. El apartado segundo del art. 410 se refiere, por tanto, a aquellas decisiones que, teniendo estas cualidades, son, sin embargo, una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general, y, por eso, el problema tiene que ser planteado como una causa de justificación de un hecho que ya de por sí es típico (en contra Maqueda Abreu, 1998, p. 12, que considera que se trata de un supuesto de atipicidad). En estos casos la obediencia no sólo no es «debida», sino que puede engendrar responsabilidad para el que obedece. Ciertamente hay casos en los que se impone un deber de obediencia a una orden antijurídica; pero éstos son muy contados en nuestro Ordenamiento jurídico. Según Córdoba (I, pp. 394 ss.), sólo sucede esto en la esfera del Ministerio fiscal y en las resoluciones judiciales siempre que no constituyan una infracción clara y terminante de la ley. Fuera de estos casos no existe un deber de obediencia cuando la orden implique la realización de un acto típico y antijurídico. De todos modos, el inferior puede confiar en la legalidad de lo mandado y sólo cuando sea una infracción manifiesta, clara y terminante de la ley o disposición general puede acogerse a lo dispuesto en el apartado segundo del art. 410. El carácter manifiesto, claro y terminante de la infracción debe estimarse con un criterio *objetivo*, es decir, basta con que «un funcionario *medio* situado en la circunstancia respectiva, hubiera apreciado esa vulneración, con independencia de cuáles pudieran ser las creencias del funcionario *individual* y *concreto*» (Córdoba I, p. 391).

Un supuesto de justificación distinto es que la desobediencia se deba a que el sujeto que desobedece opone al cumplimiento de la orden o sentencia otro deber de carácter superior. En general, se puede decir que si la orden es vinculante no puede alegarse estado de necesidad, y todo lo más cabe un error de prohibición vencible que puede

atenuar la culpabilidad (para más detalles, cfr. QUINTERO OLIVARES, 1980, pp. 79 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, pp. 285 ss.; ROLDÁN BARBERO, 1996; cfr., sin embargo, STS 22 marzo 1986: «Caso Ballesteros», en la que se absolvió a un comisario de policía que se negó a revelar a un Juez que investigaba unos asesinatos la identidad de unos confidentes que probablemente los habían cometido o presenciado, y el comentario a ella de MAQUEDA ABREU, 1986).

B) DENEGACIÓN DE AUXILIO

En el art. 412 se tipifican dos modalidades típicas de denegación de auxilio:

a) Denegación de auxilio a la autoridad

> El apartado 1 del art. 412 castiga con las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años al «funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público».

El principio de coordinación de funciones obliga a los funcionarios a la cooperación con las autoridades, siempre que sea para la finalidad que aquí se indica: Administración de Justicia u otro servicio público. El delito es de simple omisión. Según la STS de 22 de marzo de 1986 negarse a declarar o a revelar al juez datos necesarios para la instrucción del sumario puede constituir este delito, pero no el de desobediencia, aunque, de todos modos, se absolvió apreciando el error (cfr. STS 22 marzo 1986: «Caso Comisario Ballesteros», con comentario crítico de MAQUEDA ABREU, 1986, y lo dicho *supra*: causas de justificación).

> Según el apartado 2 del art. 412, «si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años».

b) Denegación de auxilio a un particular

El apartado 3 del art. 412 castiga con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años a «la autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo». La misma conducta se castiga también, pero con penas más leves, si se tratase de un delito de otra clase o de un mal no constitutivo de delito. Este precepto está íntimamente relacionado con los delitos previstos en los arts. 195 y 450, aunque su ámbito es más amplio, al no exigir ninguna situación especial en el que se halle amenazado por el delito o mal. Es posible un concurso ideal con estas infracciones, por cuanto se trata de bienes jurídicos distintos: solidaridad humana en los artículos 195 y 450, infracción del deber de cooperación en el art. 412,3. Si la omisión de auxilio se configura como una forma de participación del delito que no evita, la omisión queda subsumida en el delito en el que se participa de este modo.

ABANDONO DE DESTINO Y OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DETERMINADOS DELITOS

En el Capítulo II del Título XIX se tipifican tres delitos distintos que no tienen entre sí más en común que el incumplimiento de determinados deberes de actuación en determinados ámbitos o circunstancias.

A) ABANDONO INDIVIDUAL

En relación con este delito existe un tipo básico y otro cualificado.

> a) Tipo básico. Castiga el art. 407 en el inciso segundo del apartado 1 con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, a la autoridad o funcionario público que abandonare su destino para no impedir o no perseguir cualquier delito.
> b) Tipo cualificado. Castiga el inciso primero del apartado 1 del art. 407 con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, a la autoridad o funcionario público que «abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV» (Delitos contra la Constitución, contra el orden público, de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, y contra la Comunidad Internacional).

El apartado 2 del art. 407 hace extensivas estas penas, en sus respectivos casos, al abandono para no ejecutar las penas correspondientes a los delitos antes referidos.

B) NO PROMOVER LA PERSECUCIÓN DE DELITOS

El art. 408 castiga una determinada forma de abandono de funciones de la autoridad o funcionario «que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables» (pena: inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años).

Se trata de un delito de omisión pura que sólo puede cometer la autoridad o funcionario encargado específicamente de la persecución y castigo de los delitos: jueces, policía judicial, fiscales, etc. (véase art. 283 LECrim.). No basta el simple retraso. El abandono ha de ser además intencionado. En el caso de que la no persecución dé lugar a la comisión de otros delitos de la misma naturaleza, como abandono de destino, infidelidad en la custodia de documentos, denegación de auxilio o encubrimiento, habrá un concurso de leyes a resolver por el criterio de la alternatividad (art. 8,4ª; cfr. TORRES FERNÁNDEZ).

C) ABANDONO COLECTIVO DE SERVICIO PÚBLICO

El art. 409 castiga con pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años «a las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público». En realidad, el precepto viene a penalizar, indirectamente, la huelga de los funcionarios públicos, que en el anterior Código penal se castigaba en el párrafo 1º del art. 222, que tras la STC de 28 de abril de 1981 había quedado privado de constitucionalidad, ya que el derecho de huelga es un derecho constitucional que proclama el número 2 del art. 28 de la Constitución con carácter general para todos los trabajadores. Otra cosa es que se arbitren medidas (por ej., servicios mínimos) para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, tal como exige también el art. 28,2 de la Constitución. Sin embargo, el art. 409 penaliza «el abandono colectivo y manifiestamente ilegal», lo que supone que no se respetan esos servicios mínimos, ni la regulación jurídica

de los mismos. La inexistencia de una regulación general de la cuestión dificulta la tarea de marcar «a priori» los límites de la responsabilidad penal por estos hechos. Lo que está claro es que el precepto no puede utilizarse para prohibir la huelga de funcionarios públicos como tal, sino determinadas extralimitaciones en el ejercicio de un derecho tan legítimo para el funcionario, como para cualquier otro trabajador (para más detalles, véase ARROYO ZAPATERO, pp. 204 ss.; BAYLOS/TERRADILLOS, pp. 153 ss.). El párrafo segundo castiga sólo con multa de ocho a doce meses a las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo *o* (sic) manifiestamente ilegal «de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad». La mayor exigencia de requisitos para los no dirigentes, promotores u organizadores demuestra la escasa convicción de que a los meros participantes en un abandono colectivo (huelga) de la función pública se les pueda castigar y limitar su derecho a la huelga.

ATAQUES A LA LIBERTAD SEXUAL

Antes de la reforma de 1989, el anterior Código penal tipificaba estos delitos como «abusos contra la honestidad», rúbrica del Capítulo VIII del Título VII («De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»); tras la reforma de 1989, dicha rúbrica fue sustituida por la de «De las limitaciones a la libertad sexual». La nueva expresión no era, desde luego, muy afortunada, aunque pretendía reflejar con mayor claridad el contenido de estos delitos, que no consistirían tanto en la infracción de un deber de probidad o dignidad que el funcionario debe guardar en las relaciones sexuales con personas que tengan algún asunto en el que ellos deben intervenir, como en la limitación que de esta situación se deriva para la libertad sexual de tales personas. Sin embargo, en el Código penal de 1995 dichos delitos se tipifican en el Capítulo IX del Título XIX, junto con otros delitos con los que nada tienen en común salvo la referencia genérica a «abusos en el ejercicio de su función». Ciertamente estos delitos son también abusos, pero lo que les caracteriza es que esos abusos van referidos a la libertad sexual. Desde este punto de vista, el actual art. 443 tipifica abusos de situaciones de prevalimiento parecidas a las descritas en algunos tipos delictivos tipificados en el Título VIII como delitos contra la libertad sexual, con algunas diferencias respecto a la edad del sujeto pasivo, y perfectamente podrían incluirse en el Título VIII junto con los demás delitos que representan ataques similares a la libertad sexual.

Sin embargo, una vez más las situaciones sistemáticas de los respectivos delitos reflejan, más que un simple capricho del legislador, una forma distinta de entender estos delitos y separarlos del resto de los ataques a la libertad sexual.

En efecto, en el artículo 443,1 se castiga con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta a la autoridad o funcionario público que «solicitare sexualmente» a una persona, lo que, en principio, supone, todo lo más y en atención a las circunstancias concurrentes, una tentativa de ataque a la libertad sexual, pero no una forma consumada de éste, que si se consigue podrá constituir además otro delito de agresión sexual violenta o intimidatoria (arts. 178 y ss.) o, en su caso, un abuso sexual (arts. 181 y ss.), con los que, según dispone expresamente el art. 444, entraría en concurso. Por tanto, aunque la razón de su incriminación puede ser, en última instancia, la protección de la libertad sexual, el tipo en cuestión se configura dogmáticamente como un «delito consistente en la infracción de un deber», se demuestre o no además la consiguiente limitación a la libertad sexual de otras personas.

Una interpretación o lectura idéntica debe hacerse del delito previsto en el artículo 443,2, que castiga con prisión de uno a cuatro años, además de la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, al funcionario de Instituciones penitenciarias o de centros de protección o de corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda (o, según el párrafo 3 del mismo artículo, a alguna relacionada con ella, cónyuge o persona ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados). Aquí, la mayor gravedad de la pena privativa de libertad refleja una actitud protectora mayor hacia el que se encuentra preso, ya de por sí limitado en su libertad. También en este caso, si además de la «infracción del deber» el funcionario comete efectivamente un delito contra la libertad sexual, podrá darse el concurso con el respectivo delito (art. 444).

Por lo demás, el art. 443 mantiene el criterio ya introducido en la reforma de 1989 en relación con el sujeto pasivo, que no tiene que ser necesariamente una mujer, equiparando además con el cónyuge la persona a quien el solicitado se hallare ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad. (Sobre la regulación anterior a 1989, véase MUÑOZ CONDE, 7.ª ed., pp. 721 ss.).

CAPÍTULO XLII

Cohecho. Malversación de caudales públicos. Fraudes y exacciones ilegales. Negociaciones prohibidas a los funcionarios. Tráfico de influencias

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias*, en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ 1994; BLECUA, R., *La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación*, ADP 1985; CABELLO MOHEDANO, *Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español*, DJ 1978; el mismo, *Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; el mismo, *Tráfico de influencias*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; CÓRDOBA RODA, *El cohecho de funcionarios públicos*, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; CUARESMA TERÁN, *La naturaleza del art. 397 del Código penal y la distinción con el peculado propio*, PJ 1991; el mismo, *Malversación de caudales públicos propia e impropia. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 9 de julio de 1992*, La Ley 1992; DE LA MATA/ ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona 1995; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Inducción o autoría mediata en malversación impropia*, La Ley 1986; el mismo, *La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias*, AJA 1995; DÍAZ PALOS, *Malversación de caudales públicos*, NEJ XV, 1972; FERNÁNDEZ VIVANCOS, *El delito de cohecho*, RGD 1957; GARCÍA PLANAS, *El nuevo delito de tráfico de influencias*, PJ 1993; GRANADOS PÉREZ, *El instrumento en el delito de cohecho*, en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ 1994; LUZÓN PEÑA, *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 403 del Código penal*, La Ley 1990; MIR PUIG, C., *De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del artículo 397 del Código penal*, CPC 1991; MIR PUIG, S., *Negociaciones prohibidas a los funcionarios*, NEJ XVI, 1982; MONER MUÑOZ, *Reflexiones sobre el cohecho activo impropio. Doctrina del Tribunal Supremo*, RGD 1995; MORILLAS CUEVA/ PORTILLA CONTRERAS, *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, en Comentarios a la legislación penal XVI, Madrid 1994; MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, Apéndice a la 8ª ed., de Derecho Penal, Parte Especial, Valencia 1991; OLAIZOLA NOGALES, *Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos*, PJ 1995; PAZ RUBIO, *El tráfico*

de influencias y la información privilegiada, en La nueva delincuencia II, CDJ 1993; RODRÍGUEZ DEVESA, *Cohecho,* NEJ IV, 1952; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Dolo y error en un delito de malversación impropia,* La Ley 1990; RODRÍGUEZ RAMOS, *Transfuguismo retribuido y cohecho*, AP 1994; ROMERO COLOMA, *Sobre los fraudes de los funcionarios públicos*, CPC 1994; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *El delito de tráfico de influencias*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación de caudales públicos,* RGLJ 1966; el mismo, *Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias,* en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; VALEIJE ÁLVAREZ, *Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho),* RGD 1994; *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho,* EPC 1994/ 1995; ZABALEGUI MUÑOZ, *La malversación de caudales públicos,* en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ 1994.

Sobre el Código penal de 1995: CAMACHO ALONSO, *Los delitos de malversación. Reflexiones acerca del bien jurídico protegido y análisis de los tipos penales,* RCP 2001-2002; CARDENAL MONTRAVETA, *Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho*, RDCP 2002; CASTRO MORENO, *Apropiación indebida por funcionario y malversación impropia: criterios de delimitación*, RDPC 2000 (también en AP 2000); el mismo, *La malversación de caudales públicos en el Código penal de 1995*, Valencia 2001; el mismo, *La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425,1 del Código penal: problemas de distinción con otras figuras*, AP 2002; CATALÁN SENDER, *Nuevos perfiles del delito de fraude funcionarial en el Código penal de 1995*, AP 1998; el mismo, *El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios en El Nuevo Código penal,* AP 1998; CRESPO BARQUERO, *Corrupción y tráfico de influencias,* en El Nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales III, Madrid 1996; CUGAT MAURI, *El tráfico de influencias en cuatro sentencias,* JD 1997; el mismo, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona 1997; DE LA CUESTA ARZAMENDI/ BLANCO CORDERO, *Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, RCP 2001-2002; DE LA MATA BARRANCO, *Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (art. 434). Un tipo desafortunado*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; ENTRENA FABRÉ, *El delito de malversación*, Valencia 1999; FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia 2003; GARCÍA ARÁN, *Los delitos de tráfico de influencias en el Código penal de 1995*, Sevilla 1997; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación,* La Ley 1996; LUZÓN CÁNOVAS, *Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación,* AJA 1997; MILITELLO, *Concusión y cohecho de los funcionarios públicos*, en Teradillos Basoco/ Acale Sánchez (coords.), Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano Italiano de Derecho Penal Económico, Madrid 2004; MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función,* en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación, apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Pamplona 1999; el mismo, *Malversación, estafa informática y falsedad en documento electrónico. Algunas reflexiones sobre la STS de 30 de octubre de 1998*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; MUÑOZ CUESTA, *El delito de malversación*, La Ley 1996; NIETO MARTÍN, *La corrupción en el sector privado,* RP 2002, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, La Ley 1998; el mismo, *Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho,* Valencia 1999; OLIVEROS ROSELLÓ, *La malversación en el Código penal de 1995,* en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; PAVÍA CARDELL, *Responsabilidad penal del particular por uso indebido de bienes públicos (a propósito de la SAP de Sevilla de 3-3-1995 y de la STS de 24-10-1996 en el caso «Guerra» por la utilización de un despacho)*, AP 1997; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos,* Barcelona 1999; el mismo, *Nuevo perfil de la malversación en el Código penal de 1995. Destrucción de cosa propia embargada. (A propósito de la SAP de Logroño de 29 de junio de 1996)*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona 1999; ROLDÁN BARBERO, *El delito de malversación*, Sevilla 1997; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentario a la sentencia 752/1996, de 24 de octubre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Caso Juan Guerra),* AP 1997; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid 1996; VARIOS, *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, vol III,* Ferré Olivé y otros (coords.), Salamanca 2002; VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada 2003.

COHECHO

El Capítulo V del Título XIX recoge bajo el nombre «Del cohecho» una pluralidad de tipos delictivos de difícil reducción a una naturaleza común. La doctrina suele clasificar estos tipos delictivos en cohecho pasivo y cohecho activo, según se entienda desde el punto de vista del funcionario que acepta o solicita una promesa o dádiva para realizar un acto relativo a su cargo (cohecho pasivo) o desde el punto de vista del particular que corrompe al funcionario con sus ofrecimientos y dádivas (cohecho activo). En atención a la regulación de este delito en nuestro Código penal puede decirse que esta tesis es correcta y que el cohecho pasivo es un delito distinto del cohecho activo, aunque el bien jurídico protegido es el mismo, visto desde una doble perspectiva: el quebrantamiento del deber y la confianza depo-

sitada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo). No se trata, por tanto, de un delito bilateral, en el sentido de que el delito surge con el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario, sino de dos delitos distintos y autónomamente castigados. Se puede comprender mejor esta naturaleza del cohecho si se compara con la de los actos preparatorios punibles del art. 17. La concepción bilateral del cohecho concibe este delito como una especie de conspiración entre el funcionario y el particular que se conciertan para la ejecución de un hecho relativo al cargo del funcionario y deciden ejecutarlo. Frente a nuestro Derecho positivo esta tesis es equivocada por cuanto igualmente se castiga como delito de cohecho consumado la solicitud de la dádiva por parte del funcionario que no es aceptada por el particular (auto-ofrecimiento o autocorrupción) y el intento de corrupción por parte del particular no aceptado por el funcionario, y estos hechos más que conspiración en sentido estricto serían proposición o provocación.

El *bien jurídico protegido* tanto en una como en otra modalidad de cohecho es, sin embargo, el mismo. Según VALEIJE ÁLVAREZ (1994/1995, pp. 354 ss.; 1996, pp. 35 ss.), el principio de imparcialidad, entendiéndolo como el deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad en la prestación de servicios públicos; según OLAIZOLA NOGALES (1999, p. 111), el correcto funcionamiento de la Administración, lo que obviamente comprende también el deber de imparcialidad, que no debe ser conculcado, internamente, por el funcionario, ni, externamente, por el particular.

OCTAVIO DE TOLEDO (2000, p. 871) considera que el bien jurídico protegido común a todas las modalidades de cohecho es «la no venalidad en el desempeño» de las funciones públicas, es decir, la prohibición de obtener un lucro ilícito. En definitiva, de lo que se trata es de que el ejercicio de la función pública, correcto o incorrecto, no esté motivado por un móvil de carácter económico ajeno a la misma. Este móvil es también una característica de la mayoría de los delitos que tratamos en este capítulo, aunque en el tráfico de influencias cabe otro tipo de motivaciones (cfr. *infra*). En el cohecho el móvil económico está en relación directa con un acto determinado y es causa directa del mismo, mientras que en los demás delitos tratados en este capítulo la relación con el acto concreto del funcionario no es tan directa (cfr. por ej. *infra*: negociaciones prohibidas a los funcionarios) o, si lo es, presenta una estructura diferente (cfr. *infra*: exacciones ilegales). De todos modos, en los casos en los que estos tipos delictivos coincidan con el cohecho pasivo, deberá aplicarse la regla de la alternatividad, es decir, castigar por el delito que prevea mayor pena en el caso concreto (art. 8,4ª).

A) COHECHO PASIVO

Los distintos preceptos relacionados con este delito suelen clasificarse por la doctrina en cohecho *propio e impropio*.

a) Cohecho propio

En relación con esta modalidad contienen los arts. 419, 420 y 421 una serie de tipos y subtipos a los que es común que una autoridad o funcionario público, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o acepte ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión.

Tipo objetivo

Sujeto activo es la autoridad o el funcionario público. A ellos se equiparan expresamente en el art. 422 «los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública», lo que, como ya dijimos, relativiza el concepto de funcionario que da el art. 24.

La acción consiste en solicitar o recibir por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptar ofrecimiento o promesa para ejecutar un acto. Como ya se ha dicho, se equiparan aquí tanto el acuerdo bilateral (aceptación de un ofrecimiento), como la solicitud unilateral del funcionario.

La *dádiva o presente*, y el ofrecimiento o promesa referidos a esa dádiva o presente, sobre los que recae la acción, deben ser de contenido económico, como demuestra sobre todo el que a la hora de establecer la pena de multa ésta se fije en función del valor de la dádiva. No pueden, por consiguiente, estimarse dádiva o presente las prestaciones que no tengan un contenido económico, como el acceso carnal, etc. La STS de 25 de octubre de 1961 extendió, sin embargo, también el cohecho a la prestación de favores carnales. Entiendo, sin embargo, que en este caso sería aplicable el art. 443, es decir, los ataques a la libertad sexual desde el punto de vista del funcionario, o el art. 429, es decir, el tráfico de influencias por parte del particular, si se dan los elementos de estos tipos.

Es indiferente, sin embargo, que la dádiva o recompensa suponga un enriquecimiento para el funcionario o para un tercero («provecho propio o ajeno»); por tanto cabe también cohecho cuando se hace una donación a un tercero, pariente, amigo o a una organización (partido

político, por ej.; en este sentido Olaizola Nogales, 1999, pp. 346 ss., que lo llama «cohecho transversal»; Morales Prats/ Rodríguez Puerta, en Quintero, Comentarios, pp. 1200 s., consideran, en cambio, que debe haber siempre al menos una ventaja indirecta para el funcionario). La cuantía de la dádiva o presente debe ser relevante en orden a motivar al funcionario en su actuación (sobre los regalos, véase *infra*). Es indiferente también que la dádiva o presente se perciba antes o después de realizado el hecho, siempre que haya sido pactado o solicitado con anterioridad a su realización. Debe existir, por tanto, una conexión causal entre la dádiva o presente y el acto a realizar. Sin embargo, para evitar problemas de prueba, el art. 425 tipifica expresamente la obtención de recompensa por el acto ya realizado, lo que exime de tener que probar que esto se había pactado ya anteriormente.

> Art. 425: «1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. 2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años».

En realidad, el art. 425 no viene a añadir nada nuevo a las tipicidades ya vistas del cohecho pasivo propio, en tanto que el núcleo del tipo sigue consistiendo en la solicitud o admisión por parte de la autoridad o funcionario de una remuneración a la que no tiene derecho; el que la conducta del inciso primero se refiera a la realización de un acto propio de su cargo, que no sea, por tanto, delictivo o injusto, carece de trascendencia típica y debe todo lo más incidir en la gravedad de la pena. Igual sucede con la conducta prevista en el inciso segundo del apartado 1, que tipifica la recompensa por el acto ya realizado («cohecho subsiguiente»), que incluso puede servir como alternativa a las modalidades de cohecho pasivo propio, cuando no se puede probar que la recompensa se entregó antes o fue motivo de la realización del acto. En todo caso, el apartado 2 del art. 425 dispone que si el acto ya realizado fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

Los actos tienen que estar relacionados con el cargo del funcionario. En los casos en que el funcionario no tenga competencia o atribuciones sobre el acto, habrá todo lo más estafa y/o tráfico de influencias, si solicita la remuneración con el pretexto de tener unas relaciones que realmente no tiene, o una participación en cohecho, si el funcionario interviene como persona intermedia para sobornar a otro funcionario (véase *infra*).

- Las penas varían en función de la cualidad del acto relativo a su cargo que la autoridad o el funcionario se propone realizar. Si éste es constitutivo de delito, será castigado con las penas de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa (art. 419). Téngase en cuenta que si el delito se lleva a cabo habrá un concurso entre éste y el cohecho, pero no se podrá apreciar la agravante de precio o recompensa. Si el acto no es constitutivo de delito, pero es injusto (civil o administrativo), la pena varía según se ejecute o no (art. 420: prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, caso de que llegue a ejecutarlo; prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva). Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tiene por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán las de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Téngase en cuenta que la abstención del funcionario puede consistir en un delito por omisión (por ej. no perseguir un delito, art. 408), pero en este caso habría que aplicar el art. 419.

Tipo subjetivo

Es sólo punible la comisión dolosa; el funcionario debe ser consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente y querer actuar a pesar de ello. Es indiferente el móvil que le impulse, o, como se dice expresamente en los arts. 419 y 420, que actúe «en provecho propio o de tercero» (por. ej., para financiar el partido político al que pertenece la autoridad sobornada). En los casos en que sea elemento del tipo la realización de un acto delictivo o injusto es necesaria la consciencia de la ilicitud o del carácter delictivo del acto a realizar (arts. 419 y 420).

Consumación

En el Código se equiparan el solicitar, el recibir o el aceptar. Basta, por tanto, que el funcionario se dirija a alguien en solicitud de la dádiva para que el delito se consume, independientemente de que se acepte o no. No caben, por tanto, las formas imperfectas de ejecución. En el caso en que el funcionario sea sujeto pasivo del ofrecimiento, el delito se consuma con la aceptación o recepción de la dádiva, pero no caben las formas imperfectas de ejecución: o la acepta, y entonces el delito se consuma, o no, y entonces sólo hay un cohecho activo consumado, el del particular. La jurisprudencia, antes de que se introdujera la «solicitud» del funcionario como conducta típica en la reforma de 1944, admitió en estos casos tentativa (CUELLO II, p. 442; cfr., sin embargo, STS 8 febrero 1982. Tanto VALEIJE ÁLVAREZ, 1994/1995, p. 240, como OLAIZOLA NOGALES, 1999, pp. 405 s., consideran que puede haber tentativa en el caso de que la solicitud del funcionario se haya transmitido a través de un intermediario o cuando, por cualquier causa, no llegue a su destinatario; pero creo que en la medida en que la solicitud haya sido hecha formalmente existe ya consumación y que ésta es la fase que hay que estimar cuando, por ejemplo, en el caso expuesto por dichas autoras, la solicitud es interceptada por la policía).

Participación

Cabe la participación del extraño o del funcionario que no actúa en el ejercicio de su cargo como persona intermedia a título de cooperador, necesario o no, o de inductor (cfr. art. 65,3). Pero deben excluirse aquellos casos constitutivos de cohecho activo a castigar autónomamente por el art. 423 (cfr. STS 11 febrero 1974).

b) Cohecho impropio

Es el tipificado en el art. 426. El art. 425 no es más que una modalidad del cohecho pasivo propio (de otra opinión en anteriores ediciones, véase por ej. MUÑOZ CONDE, 13ª ed., pp. 962 s.).

> Dice el art. 426: «La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses».

Aunque en el ejercicio de la función pública el funcionario no debe admitir del particular ningún tipo de contraprestación económica, ni siquiera indirecta, pertenece a los usos sociales, sobre todo en comunidades pequeñas, ofrecer al funcionario algún tipo de regalo en correspondencia a «pequeños favores» que éste puede hacer, que van desde ahorrarle al particular la pesada espera en la larga cola ante la ventanilla, hasta rellenarle el mismo funcionario los complicados formularios que el ciudadano tiene que rellenar para pedir un subsidio de desempleo. Realmente, nada de esto debería de suceder si la Administración funcionara correctamente, pero es inevitable que el ciudadano quiera ahorrarse molestias e incomodidades y «gratifique» de algún modo al funcionario que le ayuda. Esta gratificación puede ir desde el ofrecimiento de un cigarrillo o un buen cigarro puro, hasta la invitación a un café o cerveza, o el envío de un ramo de flores. Ya más lejanos de la consecución de un acto concreto están los regalos de onomástica, cumpleaños, etc., que puntualmente suelen enviar los ciudadanos «agradecidos» a los funcionarios «benefactores».

Mientras estas dádivas o regalos no pasen de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales (variables según la zona geográfica y el carácter de sus gentes) se considere forma habitual de relación amistosa (invitar a una cerveza, ofrecer tabaco, etc.), el art. 426 no debe ser aplicado, por más que el regalo se realice en consideración a la función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

El problema se plantea cuando estas dádivas o regalos exceden de lo que se considera «adecuado socialmente». Desde luego es chocante ver al funcionario que acaba de hacer un favor comiendo con el «favorecido», invitado por éste, en un restaurante de cuatro tenedores, suculentos manjares acompañados de selectas bebidas, y no menos chocante sería que el funcionario se pasara con toda su familia un mes de vacaciones pagadas en un hotel propiedad del ciudadano «agradecido» o recibiera de éste el día de su santo diez jamones de «pata negra» de 10 Kilos cada uno. Y aunque ello no fuera de entidad suficiente como para mover la voluntad del funcionario a conceder sus favores, no cabe duda de que la habitualidad en este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que precisamente actúa el funcionario corroe la honestidad e integridad profesional del mismo, como la gota cava la piedra.

Por lo menos a nivel disciplinario debería sancionarse la aceptación de vacaciones pagadas, tours de ejecutivos, invitaciones a congresos en las Bahamas, etc., que tan de moda se están poniendo. Aunque

sólo fuera por eso de que «la mujer de César no sólo debe ser honrada, sino además parecerlo». Las invitaciones a carísimos restaurantes, los regalos en forma de carteras de piel y bolsos de cocodrilo deberían desaparecer de la praxis de lo «adecuado socialmente» en el ámbito de la función pública. Desde luego no parece correcto ver, el día antes del juicio, al abogado invitando a cenar al juez, o al opositor a notarías o a cátedra cenando con un miembro del Tribunal que ha de juzgarlo. El «factor humano» nunca debe desaparecer de las relaciones entre Administración y administrado, pero tampoco potenciarse hasta el punto de preferirse frente a criterios objetivos de cualificación, imparcialidad, justicia y eficacia.

El artículo 426, igual que los delitos de tráfico de influencias (véase *infra*), puede cumplir también una función de recogida de muchos supuestos de cohecho en los que no se puede demostrar efectivamente la entrega de una contraprestación económica por el acto realizado por el funcionario.

B) COHECHO ACTIVO

El cohecho activo es el reverso del pasivo propio contemplado en los arts. 419, 420, 421 y 425, no así del cohecho pasivo impropio del artículo 426, por cuanto no se tipifica como activo el ofrecimiento de regalos por parte del particular. No obstante, la STS de 13 de enero de 1999 considera que el art. 426 también es aplicable al particular, lo que, ante la inexistencia de una previsión típica expresa similar a la de las otras modalidades de cohecho activo, parece discutible (cfr. resumen de esta tesis jurisprudencial en GRANADOS, Acuerdos, pp. 160 ss., quien cita acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1994 admitiendo esta posibilidad). Como ya se ha dicho, el bien jurídico protegido es en este caso el respeto debido al correcto funcionamiento de los órganos estatales, en la vertiente del deber de imparcialidad.

> Art. 423: «1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.
> 2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior».

El art. 424 prevé una atenuación para el cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o para el ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, «cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo», imponiendo al sobornante una multa de tres a seis meses, una pena sensiblemente atenuada en atención a la situación de «no exigibilidad» de otra conducta distinta en que se encuentran las personas que así actúan.

La acción típica del apartado 1 del art. 423 consiste en «corromper o intentar corromper», mientras que en el apartado segundo consiste en «aceptar» la solicitud de la autoridad o funcionario. Aunque desde el punto de vista del bien jurídico y de la estructura del tipo ambas acciones son equivalentes, la modalidad constitutiva del apartado segundo se castiga con la pena inferior en grado, a pesar de que, como ha demostrado VALEIJE ÁLVAREZ (1994, pp. 6517 ss.), el que la iniciativa parta del funcionario no implica siempre una menor gravedad del hecho, pues no se trata, como en el delito de concusión (antes art. 202, ahora art. 437), de que el funcionario *exija* al particular cantidades abusando de su posición preeminente, en cuyo caso el particular queda, como es obvio, exento de pena (véase *infra*); sino de una negociación entre el funcionario y el particular en la que éste se presta de buen grado a «engrasar» la máquina burocrática para lograr sus fines, entre otras cosas para conseguir lo que en noble competencia quizás no hubiera podido conseguir (una contrata, la concesión de un servicio público, etc.). La generosidad que muestra ahora el Código penal con los que aceptan las solicitudes del funcionario o autoridad lleva incluso a admitir en ciertos casos una excusa absolutoria para el particular que denuncie al funcionario, aun después de haber aceptado su solicitud, en el art. 427, de cuyo contenido nos ocuparemos *infra*. Curioso sistema éste que convierte en «víctimas» del sistema a los «engrasadores» o colaboradores de la corrupción administrativa. Por otra parte, una vez llegado a un acuerdo tras la oportuna oferta y contraoferta, tira y afloja de toda negociación, ¿cómo se prueba que el que hizo la primera solicitud fue el funcionario o autoridad y no el particular? En muchos casos de corrupción política-administrativa, que son los que dan lugar a la comisión del delito de cohecho, la determinación de quién empezó primero con la corrupción, si el funcionario o el particular, es tan difícil de determinar como qué fue primero «el huevo o la gallina».

Al igual que sucede en el cohecho pasivo, en el apartado primero del art. 423 se equiparan el concierto entre el funcionario y el particular (la corrupción lograda) y el simple intento de ello o proposición. No son posibles, por tanto, las formas imperfectas de ejecución. Igualmente debe tener también aquí la dádiva o promesa un contenido económico relevante en orden a motivar al funcionario. La corrupción puede encubrirse bajo la apariencia de un negocio jurídico, ofreciendo por ejemplo al funcionario objetos a un precio sensiblemente inferior al normal (la STS de 7 de noviembre de 2001 considera que existe cohecho activo en la conducta del representante de un laboratorio farmacéutico que «incentivaba» a un médico de la Seguridad Social para que recetara a sus pacientes medicamentos de dicho laboratorio; cfr. CARDENAL MONTRAVETA, pp. 296 ss.).

Si la corrupción tiene por objeto inducir al funcionario a realizar un acto constitutivo de delito, el particular responderá como partícipe en el delito cometido por el funcionario, siempre que tenga conciencia del carácter delictivo del hecho al que induce. En el caso de que acepte la solicitud del funcionario (art. 423,2) no puede castigársele ciertamente como partícipe por inducción en el acto delictivo que va a cometer el funcionario, pues construir en este caso una inducción mutua es algo totalmente ajeno a la realidad; pero sí podrá considerarse al particular aceptante de la solicitud del funcionario como partícipe por cooperación en el acto delictivo objeto del cohecho.

Finalmente, como *disposición común* a todas las modalidades delictivas recogidas tanto en el Capítulo V, como en el VI, dispone el art. 431: «en todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso».

La excusa prevista en el art. 427

Al objeto de facilitar la persecución del cohecho pasivo, el art. 427 concede la impunidad al «particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público», siempre que «denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación». La expresión «ocasionalmente» indica que puede tratarse de más de un caso y por lo tanto del perdón de una cadena de cohechos. Pero para evitar que esta «delación» se convierta en una patente de corso para que el particular pueda lograr la impunidad en el último momento delatando al funcionario, cuando no tenga otra posibilidad de quedar exento de pena, el art. 427 condiciona la exención a que la denuncia se realice «antes de la apertura del correspondiente procedimiento» y «siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos».

No es, pues, la simple denuncia sin más lo que proporciona la impunidad, sino el que se dé dentro de los límites temporales mencionados en el art. 427. Con ello se intenta evitar el oportunismo o la picaresca a la que daría lugar la concesión de la impunidad sin más, aunque ello sea a costa de restringir la utilidad del precepto, que, por otra parte, como en otros preceptos similares (cfr. art. 579,3), está supeditada al valor procesal que tengan las declaraciones del «arrepentido» para la condena de los corruptos. En definitiva, a pesar de que algún sector doctrinal ve justificada la existencia de este precepto e incluso considera que carece de sentido castigar al particular que se limita a aceptar la solicitud del funcionario (así OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 444), el problema consiste en que con él se puede atrapar a algún funcionario corrupto, pero se deja impune al gran corruptor (empresario importante, o a intermediarios profesionales, etc.) que puede utilizarlo cuando le convenga o como venganza contra el funcionario que le pide más de la cuenta o cuyo apoyo ya no le interesa, o simplemente como una forma de evadir su responsabilidad cuando vea que el hecho va a ser descubierto. La aplicación del art. 427 excluye, como es obvio, la de las atenuantes 4ª ó 5ª del art. 21, que pueden venir, sin embargo, en consideración cuando no se den los requisitos del art. 427.

C) COHECHO DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

La ratificación por España del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, ha hecho necesaria una reforma del Código penal que se ha producido por Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en Materia de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Esta Ley introdujo en el Libro II del Código penal el Título XIX bis, con un solo artículo, el art. 445 bis. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha reubicado este artículo (que ahora es el 445) en un nuevo Capítulo X dentro del Título XIX y ha añadido un apartado 2º, en el que se prevé la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias previstas en el art. 129.

Según el actual art. 445,1, se aplican las penas del art. 423 del cohecho activo a «los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio

de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales».

Fuera de este ámbito específico, determinado por la cualidad del sujeto a quien se intenta sobornar o de quien se acepta el requerimiento del soborno y por la naturaleza de las actividades comerciales internacionales, los demás elementos coinciden con los del delito de cohecho activo, cuyas penas son también aplicables a esta nueva tipicidad. No obstante, su autonomía sistemática plantea algunos problemas interpretativos no fáciles de resolver, como la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria del art. 427 y la aplicación extraterritorial de la ley penal española. En cuanto a la primera cuestión, creo que sí se puede aplicar el art. 427, por pura lógica material, ya que la situación prevista en el art. 445 es idéntica a la que se prevé en el art. 427 y no hay ninguna razón para excluir su aplicación, que, en todo caso, sería una consecuencia de la analogía *in bonam parten*. Respecto a la segunda, habrá que aplicar el principio de territorialidad, por lo que los hechos sólo podrán ser castigados si se realizan en el territorio español. El cohecho pasivo del funcionario sólo podría ser castigado si, además de cometerse en territorio español, se pudiera incluir en los arts. 419, 420, 421 ó 425 del Código penal, ya que el art. 445 no lo menciona expresamente; pero, en este caso, ello supondría que el funcionario público extranjero tiene también la cualidad de funcionario público conforme al art. 24, con lo cual esta reforma habría sido innecesaria (en contra de esta posibilidad, De La Cuesta Arzamendi/ Blanco Cordero, p. 28; Fabián Caparrós).

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

El Capítulo VII del Título XIX se dedica íntegro a este delito de polimorfa tipificación y compleja naturaleza. Efectivamente vuelve el legislador a hacer gala del casuismo en la descripción de las conductas que estima merecedoras de castigo, si bien restringiendo la regulación del Código anterior a supuestos claramente merecedores de pena, suprimiendo, en consecuencia, simples ilícitos administrativos (retención indebida de fondos, denegación de pagos) o infracciones de normas presupuestarias (destino público diferente), que se tipificaban anteriormente como delitos de malversación (sobre la regulación anterior cfr. Muñoz Conde, 10ª ed., pp. 842 ss.). En cuanto a su naturaleza ésta es, por una parte, común a la de todos los delitos comprendidos en el Título XIX, en cuanto constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración. Pero, por otra parte, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado, aunque, como indican De la Mata/ Etxebarría (p. 78), la peculiar naturaleza del patrimonio afectado y el marco —el de la Administración pública— en que se desenvuelve la conducta del sujeto activo obligan a precisar que en este caso se trata «del interés en el mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y en su correcta gestión», lo que presenta algunas peculiaridades en relación con los intereses patrimoniales puramente privados (en este sentido, Roca Agapito, 1999, p. 77; Castro Moreno, 2001, pp. 52 ss. Morales García, 1999, p. 99, considera que lo que se protege es «el principio de eficacia en la actuación de la Administración»).

Para el estudio de este delito distinguiremos entre malversación propia y malversación impropia, ocupándonos posteriormente de algunos problemas de participación comunes.

A) MALVERSACIÓN PROPIA

Incluimos en este epígrafe todos los tipos de malversación que se refieren a autoridades o funcionarios públicos y caudales o efectos públicos propiamente dichos.

ELEMENTOS COMUNES

Sujeto activo es la autoridad o funcionario público, que debe tener las características ya señaladas en el capítulo anterior. Pero el carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto material del delito: los caudales o efectos públicos. Por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable. El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración pública, pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la Administración a la entrega de los caudales, aunque aún no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Los intereses que devenguen esos caudales

(ingresados, por ej., en una cuenta bancaria) también tienen el carácter de públicos. En el caso de bienes privados manejados provisionalmente por la Administración (por ej. giro postal) la apropiación por parte del funcionario constituirá estafa o apropiación indebida, pero no malversación (cfr. art. 438. De esta opinión también CASTRO MORENO, 2001, p. 385; a favor de la tesis de la malversación la jurisprudencia, aunque con ciertas matizaciones respecto a los paquetes postales ordinarios; cfr., por ej. SSTS 14 marzo 1995 y 2 febrero 1998). Basta tan sólo con la percepción por parte del funcionario de los caudales destinados a la Administración para que éstos adquieran ya la categoría de públicos (en este sentido la jurisprudencia dominante y la doctrina, SUÁREZ MONTES, 1966, p. 835; ROCA AGAPITO, 1999, pp. 141 ss.; CASTRO MORENO, 2001, pp. 200 ss.; siempre que haya un «derecho expectante»). También cabe la malversación de «fondos reservados», aunque deben tenerse en cuenta las peculiaridades que presenta la gestión de estos fondos (véase STS 29 julio 1998: «Caso Marey», y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 21 enero 2002: «caso fondos reservados»; de esta opinión también CASTRO MORENO, 2001, pp. 167 ss.).

Como ya se ha dicho, entre los caudales o efectos públicos y la autoridad o funcionario debe existir una determinada relación. El Código habla de caudales o efectos públicos que la autoridad o funcionario público «tenga a su cargo por razón de sus funciones» (arts. 432 y 433). Según pone de relieve SUÁREZ MONTES (1966, p. 832) no es suficiente con que el funcionario tenga los caudales «con ocasión de» o «en consideración a» la función que desempeña, es preciso que la tenencia se derive de la *función y competencia específicas*. No habrá, por tanto, malversación cuando la tenencia obedezca a una negativa abusiva, a un acto administrativo ilegal, a engaño, abuso de oficio, etc. Sigue siendo necesario además, que estos caudales estén «a su cargo». Con ello se quiere decir que no se precisa la tenencia material, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica. Es indiferente por ejemplo que el funcionario tenga la llave de la caja de caudales o que pueda sacar esos caudales de la cuenta bancaria mediante cheques, etc. (SUÁREZ MONTES, 1966, p. 842. En este sentido también DÍAZ PALOS, p. 819, y STS 17 abril 1964; ROCA AGAPITO, 1999, pp. 156 ss.). Más discutible es esta disponibilidad cuando la malversación se lleva a cabo por manipulación de terminales informáticas por quienes no tienen una competencia específica para ello (cfr. STS 30 octubre 1998 y comentario a la misma de MORALES GARCÍA, 2001, pp. 1566 ss.).

TIPOS LEGALES

La actual regulación obliga a distinguir dos modalidades distintas de malversación:

I. Conductas de apropiación

Son las previstas en el art. 432, que contiene una modalidad activa y otra omisiva.

1. Modalidad activa: sustracción

> Castiga el art. 432,1 con las penas de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años a «la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere... los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones».

El término sustracción debe interpretarse en estos casos como equivalente a «apropiación» sencillamente, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales. Esencial en este tipo, para distinguirlo del previsto en el art. 433, es el ánimo de apropiación definitiva que debe guiar al funcionario y no simplemente de su uso ajeno a la función pública. La expresión «con ánimo de lucro» indica el carácter doloso del delito, aunque es indiferente el móvil con el que se realice.

2. Modalidad omisiva: consentir que otro sustraiga

El art. 432,1 castiga también a la autoridad o funcionario público que «consintiere que un tercero, con igual ánimo (es decir, ánimo de lucro), sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones» (es decir, las funciones de la autoridad o funcionario). Se trata de un delito de comisión por omisión del deber de custodia de los caudales a cargo del funcionario. Esencial es, por tanto, la infracción de ese deber, independientemente de que dicha infracción se lleve a cabo por acciones positivas (entregando por ejemplo la llave de la caja al extraño) o puramente omisivas. La infracción del deber ha de ser dolosa, por cuanto el consentimiento es un consentimiento a la sustracción. La razón de la equiparación de la modalidad activa y la omisiva es compleja y descansa más en razones político-

criminales que dogmáticas. El legislador ha querido aquí, como en algunos otros delitos (cfr., por ej., art. 415), equiparar expresamente estas conductas, porque de dejarlas sometidas a las reglas generales de la participación pudiera ocurrir que el funcionario saliera absurdamente privilegiado, respondiendo sólo como partícipe en el hurto o apropiación indebida cometidos por el particular, o incluso quedara impune, caso de no ser delictiva la sustracción llevada a cabo por el particular, por tener éste, por ejemplo, un crédito pendiente con la Administración. La redacción del art. 432, exigiendo también que el particular actúe con ánimo de lucro, restringe, sin embargo, su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que la conducta del particular sea constitutiva de un delito de carácter patrimonial (hurto o robo). Los casos en que el funcionario daba lugar a ese comportamiento del particular por abandono o negligencia inexcusables, que castigaba expresamente el art. 395 del anterior Código penal, deben entenderse ahora constitutivos de una infracción disciplinaria.

Penalidad

Los apartados segundo y tercero del art. 432 contienen sendas reglas para la determinación de la pena.

– El apartado 2 impone la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años «si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público». Las mismas penas serán aplicables, según dicho apartado, «si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública».

– El apartado 3 impone las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años, «cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros».

II. Conductas de distracción

En este apartado se incluyen las conductas del funcionario que, sin apropiarse de los caudales, los aparta de la finalidad a la que estaban asignados, aplicándolos a usos ajenos a la función pública.

En este grupo se incluyen los delitos previstos en los arts. 433 y 434.

> a) El art. 433 castiga con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, a «la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones».

La diferencia entre este delito y el previsto en el art. 432 radica fundamentalmente en el tipo subjetivo. En el art. 432 es preciso que el sujeto quiera apropiarse definitivamente de los caudales, constituyendo el posterior reintegro todo lo más la atenuante de reparación del daño. Por el contrario, en este caso piensa reintegrar los caudales indebidamente sustraídos. Por eso dispone el párrafo 2 del art. 433 que: «Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior». Esta disposición constituye una presunción de apropiación y en cierto modo es una puerta de escape que se ofrece al funcionario en casos dudosos de apropiación para que pueda evitar las graves penas del art. 432. La jurisprudencia ha ido perfilando, sin embargo, este precepto en el sentido de que no es de aplicación cuando conste fehacientemente el ánimo de apropiación (véanse, por ejemplo, SSTS 17 enero 1966 y 19 diciembre 1981. Cfr. también lo dicho respecto a la apropiación indebida, capítulo XIX).

Los usos a que se apliquen los caudales o efectos públicos pueden ser propios o ajenos, pero en todo caso distintos a los de la función pública, con lo que también se incluye en este tipo la conducta del funcionario que consiente que un extraño utilice los efectos públicos, aunque a diferencia de lo que sucede con el art. 432 no se mencione expresamente la conducta omisiva, ya que como tal funcionario tiene una posición de garante impuesta por ley que le obliga a controlar el uso que el particular haga de los bienes (así también Roca Agapito, 1999, p. 253, que achaca falta de fundamentación a mi postura, que, obviamente, no podía fundamentarse de otra forma que con la referencia a la posición de garante del funcionario; en este sentido también Morales Prats/ Morales García, en Quintero, Comentarios, p. 1255).

> b) El art. 434 castiga con las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años a «la autoridad o funcionario público que, con ánimo

de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas».

El precepto viene a cubrir una de las lagunas más denunciadas de la anterior regulación, por cuanto se entendía que el uso para fines privados de inmuebles, mano de obra, mobiliario, etc., no estaba comprendido en el delito de malversación (cfr. STS 24 octubre 1996, «caso Juan Guerra», y los comentarios a la misma de PAVÍA y SERRANO BUTRAGUEÑO. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2001, crítica, sin embargo, el art. 434 por su ambigüedad e imprecisión). En todo caso, el art. 434 le da un tratamiento especial, por cuanto exige el ánimo de lucro propio o ajeno y un grave perjuicio para la causa pública, que se darán, por ejemplo, cuando alguien utiliza su despacho como autoridad o funcionario público para actividades privadas (de médico, abogado, etc.), las instalaciones (jardines, salones etc.) para reuniones privadas (bodas, fiestas particulares, etc.), mano de obra (carpinteros, fontaneros, jardineros, etc.) para trabajos particulares, gastos de representación en actos privados o el mobiliario e instrumentos técnicos (teléfonos, fax, fotocopiadoras, etc.) para usos particulares. La conducta del particular que se aproveche de estos bienes sólo podrá ser castigada por las reglas de la participación (inducción, cooperación necesaria o complicidad) en el art. 434 (cfr., sin embargo, art. 256).

B) MALVERSACIÓN IMPROPIA

Dice el art. 435: «Las disposiciones de este capítulo son extensivas:
1 A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.
2 A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
3 A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

La equiparación que en este precepto se hace contiene varios supuestos de distinta entidad y naturaleza. Ninguna duda hay en asimilar a la malversación propia a los que se hallaren encargados de fondos o rentas pertenecientes a las Administraciones Públicas o de caudales o efectos públicos, por cuanto, aun siendo particulares tales encargados, la importancia de dichos bienes es notoria y su carácter público

es indiscutible. Más dudas ofrece el caso citado en el apartado tercero, ya que en este supuesto los bienes, por la intervención de la autoridad pública en la constitución del secuestro, depósito o embargo, se asimilan a los caudales públicos. De este modo se pretende dar una mayor protección a las decisiones de la autoridad, al constituir dichos estados posesorios. Pero tal protección puede resultar excesiva, al imponer penas demasiado severas a personas que sólo metafóricamente pueden considerarse funcionarios públicos. Autor en este caso puede ser incluso el propietario de dichos bienes que tras el embargo quede como depositario de ellos. El parentesco con el alzamiento de bienes y con la apropiación indebida es evidente, no excluyéndose el concurso de delitos, al ser de naturaleza diferente. La jurisprudencia suele castigar sólo por el delito previsto en el art. 435, quizás para evitar una mayor agravación de la pena, y admite en algunos casos el error de prohibición, cuando creía el depositario erróneamente y de buena fe que podía disponer de las cosas embargadas o depositadas (véase STS 4 julio 1986 y comentario a ella de DÍAZ Y GARCÍA, 1986).

C) PROBLEMAS DE PARTICIPACIÓN

La malversación de caudales públicos, como todos los delitos comprendidos en el Título XIX, es un *delito especial*, ya que autor en sentido estricto sólo puede serlo el que ostenta las cualidades personales exigidas en el tipo: la autoridad o funcionario público, o los asimilados a éstos en el art. 435. Algunos supuestos de malversación constituyen también delitos comunes de hurto o apropiación indebida. Ello ha llevado a un sector jurisprudencial y doctrinal a considerar aplicable el art. 65,1 cuando participen extraños, haciendo responder a éstos por el delito común y al funcionario por el especial. La jurisprudencia y doctrina más recientes consideran, sin embargo, que son de aplicación también aquí las reglas generales de la participación: accesoriedad y unidad del título de imputación. El particular que participe (induzca o coopere) en la malversación del funcionario responderá también de este delito, aunque, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 65, los jueces o tribunales podrán imponerle la pena inferior en grado a la señalada por la ley. En el caso contrario de que sea el funcionario quien participe en la sustracción realizada por el particular, aquél responderá, en principio, por el delito común, salvo en los casos en que quepa aplicar el art. 11 o cuando está especialmente previsto el consentimiento a la sustracción como conducta típica de

malversación, lo que sucede por ejemplo en los casos de consentimiento por parte de la autoridad o funcionario en la conducta de sustracción del particular (art. 432), o uso con fines particulares realizados por un tercero (en este sentido SUÁREZ MONTES, 1966, pp. 871 ss.; DÍAZ PALOS, pp. 819 ss.; STS 12 diciembre 1975: caso REACE; para más detalles, véase ROCA AGAPITO, 1999, pp. 317 ss., especialmente sobre la participación de un extraneus, pp. 329 ss., donde mantiene el principio de unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad. A favor de la ruptura del título de imputación, aplicando al particular sólo el delito común cuando se trata de la modalidad de apropiación, pero no cuando se trata de las otras, en las que sólo admite una atenuante analógica, MORALES GARCÍA, 1999, pp. 287 y 289).

FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

El Capítulo VIII contiene dos figuras delictivas que seguidamente analizamos por separado, aparte de la agravación contenida en el art. 438.

A) FRAUDES

El art. 436 castiga con las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años a «la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público».

La acción consiste en concertarse con los interesados o en usar de cualquier otro artificio defraudatorio. Se exige, además, un especial elemento subjetivo del injusto, además del dolo, representado por la expresión «para defraudar». En la redacción que se le daba a este delito en el art. 401 del anterior Código penal se mencionaban expresamente «la comisión de suministros, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos» como actos en los que se tenía que llevar a cabo la acción típica, descripción que fue entendida por la jurisprudencia como un *numerus clausus*, no permitiendo su extensión a otros casos no citados expresamente. Sin embargo, la expresión

actual «en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública» permite una interpretación más amplia.

Es un delito de mera actividad, consumándose con la puesta en práctica del concierto o artificio defraudatorio. Caso de que la defraudación o el perjuicio patrimonial de la Administración llegue a producirse realmente existirá un concurso entre este delito y la estafa.

B) EXACCIONES ILEGALES

Castiga el art. 437, «sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado», con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años a «la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada».

Sujetos activos de este delito sólo pueden serlo aquellos funcionarios o autoridades que pueden exigir derechos, aranceles, etc., como forma de pago a su actividad, no así aquéllos que perciben directamente su sueldo de la Administración, sin estar facultados para exigir ningún tipo de derecho.

La acción consiste en exigir, directa o indirectamente, es decir, personalmente o a través de persona intermedia, mayores derechos de los debidos legalmente. El parentesco con la estafa y el cohecho es indudable y, caso de que sea posible, deben ser de preferente aplicación estos delitos, pues de lo contrario se privilegiaría absurdamente al funcionario. Existe evidentemente estafa cuando el funcionario hace creer engañosamente al particular que los derechos exigidos son legales; y cohecho, cuando el funcionario exige la cantidad para fines particulares (propios o ajenos; cfr. STS 12 diciembre 1986). En caso de que sea aplicable el delito de exacciones ilegales, la aceptación de la exigencia y el correspondiente pago por parte del particular no constituiría cohecho activo, aunque hay que reconocer que las diferencias entre una y otra situación del particular (la de víctima de una exacción ilegal y la de autor de un cohecho activo) son difíciles de trazar y dependen mucho de las peculiaridades de cada caso (para más detalles, VALEIJE ÁLVAREZ, 1994, pp. 6523 ss.). El delito de exacciones ilegales se consuma en el momento de la exigencia por parte del funcionario.

C) ARTÍCULO 438

El art. 438 crea una agravación «sui generis» para los casos en que el funcionario público cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida abusando de su cargo, incurriendo en las penas señaladas para estos delitos en su mitad superior y además en la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. El art. 438 excluye en todo caso la aplicación de la agravante 7ª del art. 22 (véanse SSTS 7 febrero 1974, 15 febrero 1995 y ORTS BERENGUER, en VIVES, Comentarios, p. 1865).

NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS

El Capítulo IX del Título XIX tipifica no sólo este delito, sino también otros abusos en el ejercicio de la función pública (abuso de información privilegiada, art. 442; ataques a la libertad sexual, art. 443) que ya han sido estudiados en otro lugar, puesto que nada tienen que ver con el delito que ahora nos ocupa.

En relación con estos delitos el Capítulo IX contiene fundamentalmente dos preceptos, el art. 439 y el art. 441, siendo el art. 440, en realidad, una simple aclaración de lo previsto en el art. 439.

– El art. 439, que castiga con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años a «la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones». El art. 440 castiga además a «los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido» y a «los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías».

– El art. 441 castiga con las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, a «la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa».

Tanto en uno, como en otro precepto, se trata de supuestos muy parecidos. En ambos casos se quiere conseguir la imparcialidad de la Administración en los negocios privados, castigando a los sujetos citados en el art. 439 (o, en su caso, a los mencionados en el art. 440) y en el art. 441 cuando abusen de su especial situación para lucrarse, con merma de la dignidad e imparcialidad a la que están obligados por razón del cargo que ocupan. Lo fundamental es, pues, la idea del abuso de las funciones públicas propias del funcionario que actúa dentro de los límites de su función o mando; es decir, que la acción se desarrolle en los ámbitos en los que la autoridad o funcionario deban intervenir por razón de su cargo. Así, por ejemplo, comete el delito previsto en el art. 439 el funcionario de la Delegación de Urbanismo que debiendo informar sobre la concesión de licencia de construcción pretende que la empresa constructora le dé un porcentaje de los beneficios o le venda a un precio simbólico acciones de la empresa, le ceda una parte de los terrenos, una vivienda, etc. O el contable que arregla los libros de contabilidad de una sociedad en cuya suspensión de pagos debe intervenir posteriormente como perito judicial; o el funcionario que participa, por sí o por persona interpuesta, en la creación de una sociedad a la que después el propio funcionario, en calidad de tal, concede una subvención, contrata, etc. En realidad, en estos casos puede darse más bien un delito de cohecho, o incluso de prevaricación. Fuera de estos límites, o cuando los bienes sobre los que recaen las operaciones fueran propios o se tratare de acciones de Sociedades en las que el sujeto no ejerce intervención directa, no rige la prohibición del art. 439. En el art. 441 se exige igualmente que la actividad profesional o de asesoramiento sea en asuntos en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo (juez que asesora a un bufete privado en asuntos en los que él debe intervenir como tal juez); no se trata, por tanto, de castigar la simple infracción de leyes de incompatibilidad, que, por ejemplo, prohíben y sancionan administrativamente, pero no penalmente, el ejercicio de profesiones particulares teniendo la dedicación exclusiva a la función pública (catedrático con dedicación exclusiva a la Universidad pública que trabaja como abogado; médico con dedicación exclusiva a la medicina pública que tiene consulta privada, etc.).

> La Fiscalía Anticorrupción, en su Memoria correspondiente al 2001, se lamentaba de que la legislación actual permita que un alcalde o un concejal con competencias en urbanismo puedan desarrollar una actividad económica privada de promoción inmobiliaria en el mismo municipio donde ostenta el cargo, advirtiendo del «suave régimen» que tienen los cargos públicos municipales respecto a los de la Administración central.

Todo esto convierte prácticamente en letra muerta este precepto. En todo caso, el *desideratum* que informa el espíritu del art. 441, evitar que el funcionario o autoridad abuse de su posición prevalente, se lleva a cabo también paralelamente con un verdadero control democrático de la función pública y un catálogo de prohibiciones e incompatibilidades a nivel orgánico, evitando el «tráfico de influencias», auténtica lacra de nuestra Administración, y la burla casi continua a las dedicaciones «en exclusiva» a la función pública, por las que se obtiene una mayor contraprestación, a la que realmente no se tiene derecho cuando se ejercen actividades expresamente declaradas por ley como incompatibles con un régimen de dedicación exclusiva (cfr., por ej., Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos, modificada por Ley 9/1991, de 22 de marzo; también *infra* y STS 29 mayo 1989, comentada por LUZÓN PEÑA).

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

La Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, introdujo en el anterior Código penal los siguientes delitos relacionados con el tráfico de influencias, que ahora se regulan con una redacción parecida en el Capítulo VI del Título XIX (para más detalles sobre la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 1991, pp. 8 ss., y 10ª ed., pp. 854 ss.; CABELLO MOHEDANO, pp. 83 ss.; CUGAT MAURI, Barcelona 1997, pp. 159 ss.). Los tipos delictivos tienen una naturaleza parecida a la del cohecho, con el que tiene en común un mismo *bien jurídico protegido* (la imparcialidad en la función pública) y una misma finalidad político-criminal: evitar la desviación del interés general hacia fines particulares (cfr. CUGAT MAURI, Barcelona 1997, pp. 104 ss. De la misma opinión OCTAVIO DE TOLEDO, 1998, p. 8, quien, en este caso, y a diferencia de lo que mantiene respecto al delito de cohecho, prescinde de «la no venalidad en el ejercicio del cargo»). Para su estudio se pueden clasificar en:

a) Influencia sobre funcionario o autoridad

El art. 428 tipifica la influencia ejercida por el funcionario o autoridad sobre otro funcionario o autoridad; el art. 429 la misma influencia ejercida por el particular, que obviamente no puede prevalerse, como el funcionario o autoridad, del ejercicio de las facultades de su cargo, pero sí, igual que ellos, «de cualquier situación derivada de su relación personal».

Dicen así estos dos preceptos:

> Artículo 428: «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

> Artículo 429: «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

Tipo objetivo

Común a ambos tipos es la conducta típica: «influyere». Es decir, en ambos casos se trata de sancionar que alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo. Pero en ningún caso constituye el tipo la simple influencia sin más, como un tanto precipitadamente entendió algún sector doctrinal en los primeros comentarios a estos nuevos preceptos. No se trata de penalizar la recomendación, una práctica por lo demás habitual y que, por inmoral y rechazable que parezca, no afecta directamente, o no tiene por qué afectar a la decisión que se adopte.

Lo que los arts. 428 y 429 sancionan es el «influir» «prevaliéndose», es decir, y éste es, a mi juicio, el elemento más importante, abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. En el caso de que el sujeto activo de esa influencia sea un funcionario o autoridad, el prevalimiento se puede derivar del propio cargo que ejerce: superioridad en el orden jerárquico o político respecto al funcionario o autoridad sobre el que influye. Pero tanto en el caso del funcionario o autoridad, como especialmente en el del particular puede ser suficiente que el prevalimiento se derive de la relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que se influye. En este caso el tipo se amplía sin duda, comprendiendo relaciones de carácter familiar, afectivas o amistosas. El amigo o el pariente próximo que influyera en el funcionario o autoridad cometería, según esta interpretación, uno de estos delitos. Sin embargo, debe procederse a una interpretación restrictiva del concepto de influencia, basándose para ello en el «prevalimiento» que en ambos artículos se exige como elemento diferenciador entre la simple influencia, atípica, y la influencia constitutiva de delito. Se trata de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, lo que supone, como dice CUGAT MAURI (Barcelona 1997, p. 197), un factor de incremento del riesgo de desviación de la función pública. Son, pues, delitos de estructura parecida a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen. Salvando las distancias se trata de supuestos parecidos a los abusos contra la libertad sexual basándose en situaciones de prevalimiento (art. 181,3), acoso sexual (art. 184), ataques a la libertad sexual por parte de funcionario o autoridad (art. 443) y a los de las agravantes 2ª (abuso de superioridad) y 7ª del art. 22, aunque las relaciones personales a que aluden los arts. 428 y 429 son más sutiles y difíciles de probar.

Supuestos de «intimidación implícita» o de «chantaje moral», derivados del «clientelismo político», «mejores perspectivas en la carrera política o profesional», «relaciones amorosas o afectivas» etc., pueden estar en la base de una situación de prevalimiento, aunque no necesariamente se equiparen. Desde luego, si se hace una interpretación extensiva de estas relaciones, se corre el riesgo de que se criminalicen conductas desprovistas de nocividad social, tan habituales como tomar una copa con los amigos o pertenecer al mismo club o asociación deportiva, etc.

Si la «influencia» se ejerce ofreciendo una contraprestación de carácter económico, estaríamos, naturalmente sin más, en el cohecho, límite máximo de estos delitos, que, de algún modo, constituyen también un sucedáneo de aquel delito, cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero sí la «influencia» y el «prevalimiento».

El funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia puede ser sujeto pasivo e incluso denunciante de estos delitos, pero también puede llegar a ser sujeto activo de un delito de prevaricación o cualquier otro, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir necesariamente en una disminución de su responsabilidad. Habría en estos casos una estructura similar a la de la inducción, pero no autoría mediata (en este sentido, CUGAT MAURI, Barcelona 1997, p. 199; cfr. lo dicho anteriormente sobre el concepto de prevalimiento).

En el caso en que la influencia se ejerza a través de terceros, el funcionario o autoridad «intermediario» también puede responder del delito previsto en el art. 428. El tráfico de influencias en cadena es, por lo demás, una de las manifestaciones más frecuentes de la «corrupción política y administrativa» y puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal, constituyendo un aparato de poder dentro de la propia Administración que es difícil de sancionar penalmente en la medida en que, como antes decíamos, las influencias que se derivan de las relaciones personales, amistades, parentescos, etc., no entran directamente en el tipo, salvo que se dé la situación de prevalimiento; los límites entre lo delictivo y lo simplemente inmoral son en esta materia difíciles de marcar.

El *tipo objetivo* se da ya con la conducta de influencia aunque no se consiga efectivamente una resolución. Si además el funcionario o autoridad sobre el que se influye toma una resolución y ésta reporta un beneficio económico para el que influye o para un tercero se dará el *tipo cualificado* previsto en los incisos últimos de los arts. 428 y 429 (sobre la delimitación entre el tipo básico y el cualificado, CUGAT MAURI, Barcelona 1997, pp. 205 ss.).

La expresión «directa o indirectamente» alude a la forma en que el sujeto consigue el beneficio, bien a título personal a través de una persona interpuesta, o a través del «efecto rebote» de la decisión que adopte el funcionario o autoridad influida.

Tipo subjetivo

Se requiere naturalmente el dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones «influyen» y «prevalimiento». El ánimo de conseguir un «beneficio económico» para sí o para tercero va también implícito en el dolo.

Cuestiones concursales

Las coincidencias que puedan darse entre estos delitos y los de cohecho deben resolverse conforme a la teoría del *concurso de leyes*, aplicando el *principio de alternatividad* (art. 8,4ª), es decir, el precepto que prevea mayor sanción para el delito cometido. Sin embargo, cuando a través de estos nuevos delitos de tráfico de influencias se cometan otros con bienes jurídicos diferentes (prevaricación, violación de secretos, etc.) se dará el correspondiente *concurso de delitos*, normalmente en una relación medio-fin, a resolver por el art. 77 (cfr. CUGAT MAURI, Barcelona 1997, pp. 269 s.).

b) Ofrecimiento de influencia a un particular

> Art. 430: «Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.
> En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.»

A diferencia de lo que sucede en los otros dos artículos de este Capítulo, el hecho que aquí se tipifica nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto el sujeto activo, como la persona a la que se dirige el ofrecimiento de la influencia (a la que impropiamente se le puede llamar sujeto pasivo) son particulares. El ámbito en el que se puede dar este delito es, por tanto, completamente privado. La única relación que muestra con la función pública es su referencia a la misma como objeto de la influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla, llegar o no a hacer uso de ella, pero en todo caso puede ser responsable si ofrece hacer uso de esa influencia (real o fingida).

Ello plantea el problema de cuál es en este delito el *bien jurídico protegido*. Como el tipo no exige ni tan siquiera que la supuesta influencia llegue a utilizarse (con lo cual estaríamos, en principio, en un comienzo de ejecución del delito previsto en el art. 429), parece que lo único que pretende protegerse con el castigo de esta conducta es el prestigio y el buen nombre de la Administración, un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible (en este sentido SUÁREZ MONTES, 1993, p. 1102; ORTS/ VALEIJE, en VIVES, Comentarios, p. 1848. CUGAT MAURI, Barcelona 1997, p. 243, considera que se trata de un delito de peligro para la función pública).

También se puede concebir este delito como una especie de acto preparatorio, elevado a la categoría de delito independiente, del cohecho o del tráfico de influencias previsto en el art. 429, con lo que tendría el mismo bien jurídico protegido que en estos delitos. Pero el comportamiento tipificado con el art. 430 está tan alejado de la efectiva lesión o puesta en peligro de la función pública, que difícilmente puede justificarse su incriminación por esta causa.

Desde luego, el ofrecimiento de influencias sobre la Administración puede ser también una forma de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía, tan real como la vida misma, que difícilmente va a desaparecer con su incriminación en el Código penal. Los despachos de abogados más famosos y que más éxitos tienen en la gestión y solución de los asuntos que se les encomiendan son los que están más cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir en sus decisiones.

Además en estos casos no existe el ofrecimiento explícito, que sería lo que castigaría el art. 430, sino el implícito, el que se deriva de la propia fama o de las relaciones personales de profesionales que aparecen todos los días en las «revistas del corazón», medios de comunicación, etc., asistiendo a fiestas, cenas y recepciones oficiales y haciendo ostentación de sus buenas relaciones con las más altas instancias del poder. Es muy difícil que todo esto desaparezca por obra y gracia del Código penal.

Otra posibilidad de justificar el precepto la daría el posible engaño a quien se ofrece hacer uso de la influencia. Ciertamente, ello constituye de por sí un desvalor social suficiente como para motivar una sanción penal; pero para esto existe ya el delito de estafa, pues, en este caso, la supuesta influencia no es más que un engaño capaz de producir en un tercero un perjuicio patrimonial.

El art. 430 queda así como un tipo residual que no afecta directamente a bien jurídico alguno. Si se mira desde el punto de vista de la Administración, el hecho en sí es inocuo por cuanto no exige que efectivamente llegue a hacerse uso de la influencia. Si se mira desde el punto de vista del particular al que se ofrece hacer uso de la influencia, el tipo se cumple sin que ni siquiera éste haya aceptado la oferta.

Sujeto activo sólo puede serlo el particular (o el funcionario o autoridad que no actúa en el ejercicio de su función) que ofrece hacer uso de la influencia a cambio de una remuneración (dádiva o presente). Lo decisivo no es, sin embargo, tanto el ofrecer hacer uso de la influencia, como el solicitar o aceptar por ello una contraprestación económica.

Si otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, pero como cooperador o inductor del delito previsto en el art. 429, aunque ello supone una ampliación excesiva de la punibilidad a conductas muy alejadas del ámbito de protección que merece la Administración pública. Desde luego no se entiende muy bien que pueda llegar a constituir delito intentar aprovecharse de la influencia de alguien para resolver algún asunto, cuando ese alguien no ejerce ninguna función pública, salvo que se entienda que nos encontramos aquí ante una forma de *participación intentada* (conspiración, proposición o provocación para delinquir) en un delito de cohecho. Pero tropezamos aquí con dificultades probatorias casi insalvables, que dificultan aún más la persecución penal de este tipo de hechos. Lo razonable es esperar a que la influencia se traduzca realmente en un intento de corrupción del funcionario, lo que, conforme al art. 423,1, es ya punible como cohecho activo consumado, consiga o no efectivamente el particular esa corrupción. Sin embargo, el art. 430 se consuma con el simple ofrecimiento de hacer uso de influencia cerca de las autoridades o funcionarios, siempre, eso sí, que solicite o acepte de tercero algún tipo de remuneración económica.

El párrafo 2 del art. 430 prevé que la autoridad judicial pueda decretar la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años. A diferencia de lo que sucedía en la regulación originaria de 1991, no se prevé, sin embargo, la inhabilitación especial del profesional o titulado que realizare estos hechos.

Por su parte, el art. 431 prevé que, en todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior (relativo al cohecho) las dádivas, presentes o regalos caigan en decomiso.

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

CAPÍTULO XLIII

Delitos contra la Hacienda Pública. Delitos contra la Seguridad Social. Delitos de contrabando

El *orden público económico* es un concepto más amplio que el de *orden patrimonial*, que es el que preponderantemente se ha venido protegiendo por las normas penales tradicionales, y que el de *orden socioeconómico*, que ahora se protege junto con el patrimonio en el Título XIII (cfr. *supra* capítulos XV y ss.). La diferencia fundamental entre el orden público económico y el patrimonial y socioeconómico descansa en la distinta forma de intervención del Estado en las relaciones económicas que en ellos subyacen. Cuando el Estado interviene en esas relaciones económicas de manera activa y protagonista, imponiendo determinadas obligaciones a los ciudadanos y relacionándose directamente con ellos, se habla de *orden público económico u orden económico en sentido estricto*, que también es objeto de una protección específica por el Derecho penal. Esta intervención del Estado en la vida económica se va consolidando en los últimos años y la regulación jurídica de la misma no constituye ya ninguna excepcionalidad en el Ordenamiento jurídico. Sin embargo, en el ámbito penal todavía se recurre a leyes especiales que recuerdan el carácter excepcional que anteriormente tenía esta materia. Ejemplo de ello son la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, y la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto, sobre delitos monetarios, ésta última prácticamente derogada. Por el contrario, ha sido una constante en nuestro Código penal la regulación del delito fiscal, primero de una forma anticuada como «ocultación fraudulenta de bienes o industrias», luego como tal delito fiscal a partir de 1977, después como delito contra la Hacienda Pública por Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, y ahora, a partir de la LO 6/1995, de 29 de junio, como delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, denominación que se mantiene en el Título XIV del Código penal de 1995 (véase *infra*).

De estos delitos, así como de los de contrabando, nos ocupamos en este capítulo, por entender que en todos ellos se protege primordial-

mente un mismo orden económico que va más allá del simple juego de los intereses patrimoniales individuales o de carácter socioeconómico, para insertarse de lleno en los intereses económicos públicos.

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior a la reforma de 1977:* COBO DEL ROSAL, *Derecho Penal y Derecho tributario*, Revista del Foro canario 1968; DEL ROSAL, *Ideas sobre la aplicación de los principios del Derecho Penal a la infracción tributaria*, ADP 1963; LANDROVE DÍAZ, *Las infracciones tributarias ante el Derecho Penal español*, ADP 1971; PÉREZ ROYO, *Infracciones y sanciones tributarias*, Madrid 1972; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid 1974.

Sobre la situación tras la reforma de 1977: ARGILÉS Y GARCÉS DE MARCILLA, *El delito fiscal*, Crónica Tributaria 1978; BACIGALUPO ZAPATER, *El delito fiscal de España*, RFDUC 1979; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico*, Madrid 1978; CÓRDOBA RODA, *El delito fiscal*, Revista Española de Derecho Financiero y Hacienda Pública 1977; DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Consideraciones en torno al delito fiscal*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; FERNÁNDEZ ALBOR, *Política criminal del delito fiscal*, EPC 1980/1981; FERNÁNDEZ BRETANO, *El delito fiscal*, Revista Española de Derecho Financiero y Hacienda Pública 1978; GONZÁLEZ GARCÍA, *El delito fiscal en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, Revista Española de Derecho Financiero y Hacienda Pública 1978; IGLESIAS PUJOL, *La Hacienda pública como bien jurídico protegido, contrabando y delito fiscal*, Barcelona 1982; MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, Madrid 1982; NOREÑA SALTO, *Observaciones a la regulación de los delitos fiscales y de contrabando en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (Capítulo V del Título XII)*, RFDUC monográfico 6, 1983; QUINTERO OLIVARES, *El nuevo delito fiscal*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública; RODRÍGUEZ DEVESA, *El nuevo delito fiscal*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública 1978; el mismo, *El «terrorismo» fiscal*, ADP 1981; SERRANO GÓMEZ, *Fraude tributario*, Madrid 1977; VARIOS, *Medidas Urgentes de reforma fiscal*, vol. I, Madrid 1977.

Sobre la situación tras la reforma de 1985: ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid 1987; ASÚA BATARRITA, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin*, ADP 1993; ASÚA BATARRITA/ DE LA MATA BARRANCO, *La regulación penal del fraude de subvenciones en los Estados miembros de la Comunidad Europea*, CPC 1994; BACIGALUPO ZAPATER, *La protección de los intereses financieros de la Comunidad Económica europea en el Derecho Penal español*, CPC 1990; el mismo, *Evolución de los modelos legislativos europeos para la protección de las finanzas públicas y comunitarias*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; BAJO FERNÁNDEZ, *La omisión de declaración como delito contra la Hacienda Pública*, La Ley 1988; BERDUGO/ FERRÉ OLIVÉ, *Estimación indirecta y delito fiscal*, ADP 1990; el mismo, *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona 1994; BOIX REIG/ BUSTOS RAMÍREZ, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid 1987; CÓRDOBA RODA, *El nuevo delito fiscal*, RJCat. 1985; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Delito fiscal y principio de legalidad*, ADP 1991; FERRÉ OLIVÉ, *El delito contable*, Barcelona 1988; el mismo, *La omisión de declaración tributaria ¿configura un delito fiscal?*, PJ 1988; GALLARDO RUEDA, *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la Hacienda pública*, CPC 1990; GORDILLO ÁLVAREZ, *La regularización fiscal*, AP 1994; GRACIA MARTÍN, *La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regulación vigente y propuestas de reforma*, Revista española de Derecho financiero 1988 (también en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989); el mismo, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Madrid 1990; el mismo, *Nuevas perspectivas del derecho penal Tributario (Las funciones del «tributo» como bien jurídico protegido)*, AP 1994; IBÁÑEZ GARCÍA, *Delito fiscal y principio de proporcionalidad y de intervención mínima*, AP 1993; LAMARCA PÉREZ, *Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública 1985; LAMELA FERNÁNDEZ, *Algunas puntualizaciones en torno a determinadas cuestiones relativas al delito fiscal*, La Ley 1993; MARTÍN LÓPEZ, *Nueva decisión del Tribunal Supremo en el delito fiscal*, PJ 1991; el mismo, *Aspectos procesales del delito contra la Hacienda pública*, en Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Estudios de Derecho penal económico, Universidad de Castilla La Mancha 1994; MARTÍNEZ IZQUIERDO, *Algunas reflexiones sobre el art. 350 bis del Código penal*, La Ley 1988; MARTÍNEZ PÉREZ, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Comentarios a la legislación penal VII, Madrid 1986; el mismo, *El delito de defraudación tributaria tras la reforma de 1985: estado actual de la doctrina y jurisprudencia*, PJ 1987; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria*, EPC 1994/1995; MESTRE DELGADO, *La defraudación tributaria por omisión*, Madrid 1991; MORALES PRATS, *Anotaciones a la reforma penal en materia tributaria*, Revista Técnica Laboral 1986; MUÑOZ CONDE, *El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal*, ADP 1986; PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid 1986; POLAINO NAVARRETE, *El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal*, EPC 1984/1985; RODRÍGUEZ RAMOS, *Los «fraudes del IVA» y las limitaciones del Derecho penal «ancilar»*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; SAN MARTÍN LARRINOA, *Derecho penal económico y delito tributario*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; SERRANO GÓMEZ, *Delitos contra la Hacienda pública*, AP 1987; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Sobre la tipificación del delito contable en el Derecho español*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; SUÁREZ GONZÁLEZ/ HERRERA MOLINA, *Delito fiscal y Constitución*, CPC 1991; VARIOS, *Infracciones tributarias*, Centro de Estudios judiciales 1989; VERVAELE, *La comunidad europea frente al fraude comunitario. ¿Hacia un «espacio penal europeo?*, CPC 1991.

Sobre la situación tras la reforma de 1995: ASÚA BATARRITA, *Estafa común y fraude de subvenciones*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; BACIGA-

LUPO ZAPATER, *El nuevo delito fiscal*, AP 1995; CÓRDOBA RODA, *Fraude fiscal y falsedad documental*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; FERNÁNDEZ PRADA, *La responsabilidad civil en los delitos contra la Hacienda pública*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; HERRERO DE EGAÑA ESPINOZA, *Estudio sobre el delito fiscal del art. 349 del Código penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 junio*, AJA 1996; JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, *Los delitos contra la hacienda pública*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; el mismo, *El proyecto de Ley de modificación del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda pública*, RMF 1995; RAFOLS LLACH, *Falsedad documental y defraudación fiscal*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, Pamplona 1995; VARIOS, *Nueva regulación del delito fiscal y contra la Seguridad Social*, Aragonés Beltrán (coord.), Barcelona 1995.

Sobre el Código penal de 1995: APARICIO PÉREZ, *La regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código penal. (Artículos 305 a 310 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*, Valladolid 1996; el mismo, *El delito fiscal a través de la jurisprudencia*, Pamplona 1997; ASÚA BATARRITA, *Incongruencias del sistema dual de incriminación del fraude de subvenciones en el CP español de 1995: ¿armonización europea «versu»s principio de asimilación?*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; AYALA GÓMEZ, *Delito de defraudación tributaria y prescripción de la facultad de exigir el pago de la deuda*, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; BACIGALUPO SAGESE, *Delito fiscal y tributación de ganancias ilícitamente obtenidas*, La Ley 2001; el mismo, *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Madrid 2002; BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación tributaria y responsabilidad penal en el ámbito bancario*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; BOIX REIG, *Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal*, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996; BOIX REIG/ MIRA BENAVENT, *Los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social*, Valencia 2000; BRANDÁRIZ GARCÍA, *Sobre el concepto de regularización de las causas de levantamiento de la pena de los arts. 305 y 307 CP*, Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña 1998; el mismo, *La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, EPC 2004; CARBAJO VELASCO, *La reforma del delito fiscal y la regularización tributaria*, AP 1998; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El fraude en materia de ingresos de la Unión Europea y su tratamiento por el Derecho penal español*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; DE SOLA RECHE, *Delito fiscal y prescripción tributaria*, Tribuna fiscal 1999; DELGADO GARCÍA, *Los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social*, La Ley 1996; DOLZ LAGO, *La protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea en el nuevo Código penal de 1995*, La Ley 1997; FANELLÓS PUIGCERVER, *El concepto de regularización tributaria a efectos de la exclusión de la pena en el delito del artículo 305 del Código penal*, Crónica Tributaria 1997; FIGUERAS COLL, *La excusa absolutoria en los delitos contra la Hacienda Pública*, La Ley 1996; GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia 2002; GARCÍA MARÍN, *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Estudios financieros, Revista de contabilidad y tributación 1997; GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, Valencia 1996; el mismo, *Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, Valencia 2003; JAÉN VALLEJO, *Fraudes de subvenciones y fraudes comunitarios*, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ 1997; JUAN LOZANO/ SIMÓN ESTEVE, *La tutela penal de la función financiera de gasto público: el fraude de subvenciones y el disfrute ilícito de beneficios fiscales*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997 (también en AP 1998); LAMELA FERNÁNDEZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social: breve aproximación a su contenido*, La Ley 1996; el mismo, *La actividad empresarial y el delito contra la Hacienda pública*, RMF 1997; MAGRANER MORENO, *La reciente configuración del delito contable en el Código penal de 1995*, Crónica Tributaria 1996; MAGRANER MORENO/ QUILES BODI, *La reciente configuración del delito contable en el Código penal de 1995*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; MARTÍN RUIZ, *La tributación de las actividades ilícitas en el Ordenamiento jurídico español*, AJA 2001; MARTÍNEZ HORNERO, *Delito fiscal y regularización tributaria*, Revista de contabilidad y tributación 1997; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*, Madrid 1996; el mismo, *El delito de defraudación tributaria*, RP 1998; el mismo, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *El bien jurídico protegido en el delito español de fraude de subvenciones*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; el mismo, *Las relaciones entre el delito de estafa y el delito de fraude de subvenciones en el nuevo CP español de 1995*, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; MERINO JARA, *La reforma del delito fiscal*, AP 1998; MERINO JARA/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *La perspectiva judicial sobre algunos aspectos del delito fiscal*, Revista de Derecho financiero y de Hacienda pública 1997; el mismo, *El delito fiscal*, Madrid 2000; MORALES PRATS, *Los efectos penales de la regularización tributaria en el Código penal de 1995*, en Homenaje a Tiedemann, Castellón de la Plana 1997; MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid 1996; NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios: Derecho penal económico europeo*, Barcelona 1996; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria*, La Ley 2000; el mismo, *Los delitos relacionados con la observancia a efectos tributarios de la actualización y el orden en la contabilidad mercantil y en los libros y registros fiscales (art.310 CP)*, La Ley 2003; PARETS PLANES, *Delito fiscal*, CJ 1996; RANCAÑO MARTÍN, *El delito de defraudación tributaria*, Madrid 1997; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal*, en Varios, Silva Sánchez, dir., ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid 2003; SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código penal*, Madrid 1997; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención de responsabilidad penal por exención tributaria*, Pamplona 2002; el mismo, *El elemento «fraude» en los delitos contra la Hacienda pública y contra la seguridad social*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid 2003; SERRANO

GONZÁLEZ DE MURILLO/ CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos contra la Hacienda pública*, en Calvo Ortega (dir.), Leyes tributarias comentadas, Madrid 2002; el mismo, *Delitos contra la Hacienda pública*, en Calvo Ortega (dir.), Leyes Tributarias Comentadas, Madrid 2002; SILVA SÁNCHEZ, *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ 1997; VARGAS CABRERA, *Las falsedades defraudatorias y el delito fiscal*, RMF 1997; VARIOS, *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Terradillos Basoco (coord.), Madrid 2001; VARIOS, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Salamanca 2002.

El Título XIV del Código penal de 1995 ha mantenido en esencia la regulación que se dio a estos delitos por LO 6/1995, de 29 de junio. Seguidamente, nos ocuparemos de los aspectos más importantes de esta regulación.

Bien jurídico protegido

La rúbrica del Título XIV «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en lo que se refiere a los «Delitos contra la Hacienda Pública», evoca el bien jurídico protegido en los delitos tipificados en los arts. 305, 306, 308, 309 y 310 (sobre la Seguridad Social como bien jurídico autónomo, véase *infra*). Dentro de sus diversas acepciones y funciones, la Hacienda Pública es en estos preceptos el bien jurídico protegido, tanto en su vertiente de ingreso público, como en la de gasto público. Como señala PÉREZ ROYO (1986, pp. 70 ss.), ambos aspectos se encuentran recogidos en el art. 31,1 y 2 de la Constitución y son los puntos de referencia de los correspondientes tipos penales en los que inciden del siguiente modo:

a) Por un lado, el interés en que el reparto de la carga tributaria se realice de acuerdo con los modos y formas fijados por la Ley, conforme al principio de capacidad económica contenido en el art. 31,1 de la Constitución, se manifiesta ahora penalmente en:

1º La defraudación tributaria o delito fiscal propiamente dicho (art. 305), en el que el ataque a la Hacienda Pública se refleja en la lesión de la recaudación tributaria correspondiente a cada una de las figuras tributarias que integran el sistema.

2º El obstruccionismo fiscal (art. 310), en el que el ataque a la Hacienda Pública se manifiesta en la obstaculización al desarrollo normal de la función tributaria.

b) Por otro lado, la Hacienda Pública en su vertiente de gasto público, es decir, asignación equitativa de los recursos públicos y su programación conforme a los criterios de eficiencia y economía (art. 31,2 CE), sería el bien jurídico protegido del delito previsto en el art. 308, es decir, en la estafa de subvenciones.

Tres son, pues, los tipos delictivos que vienen en consideración en relación con esta doble función de la Hacienda Pública.

I. El fraude fiscal

a) Tipo básico

> El apartado 1 del art. 305 del Código penal castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada al que, «por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros».

Tipo objetivo

Presupuesto del tipo es la existencia de una determinada relación jurídica tributaria por la que surgen los sujetos, activo y pasivo, del delito. *Sujeto activo* es el obligado tributariamente. Se trata, por consiguiente, de un *delito especial*, en el que cabe la participación, a título de inductores, de cooperadores necesarios o de cómplices, de las personas (asesores fiscales, testaferros, etc.) que hayan contribuido al fraude fiscal, pero no como autores o coautores.

Sujeto pasivo sólo pueden serlo los titulares de la Hacienda Pública, es decir, el Estado y los entes autonómicos, forales o locales. El apartado 3 del art. 305 protege también la Hacienda de la Comunidad Europea, pues, como ya sucede también en los delitos de contrabando (cfr. *infra*), desde la adhesión de España a dicha Comunidad, la Hacienda de ésta es igualmente objeto de protección y no sólo a través de este delito, sino también de los previstos en los arts. 306 y 309. En relación con este sujeto pasivo el hecho constituirá delito siempre que

la cuantía defraudada excediere de 50.000 euros, y la falta del art. 627 cuando la defraudación fuera superior a 4.000 euros (véase *infra*).

La acción consiste en defraudar, es decir, en incumplir las prestaciones jurídico-tributarias a las que se está obligado, y se puede llevar a cabo, bien «eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie», bien «obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma». En la redacción del art. 305,1 se recalca expresamente que la conducta se puede realizar tanto por acción, como por omisión, despejando así dudas surgidas con la redacción anterior (cfr. MUÑOZ CONDE, 5ª ed., p. 756, y 9ª ed., p. 825); pero respecto a la omisión tiene que existir previamente el deber de declarar o pagar legalmente el impuesto y darse algún acto concluyente que pueda calificarse de «fraude», como, por ejemplo, no presentar la declaración u omitir en la misma datos tributariamente relevantes, siempre que llegue a alcanzar la cuantía a la que después se aludirá, y que del contexto se pueda deducir la actitud defraudatoria que constituye la esencia de este delito («defraude»); por tanto, no constituirá este delito un mero olvido, o la omisión de datos tributarios debida a desorden contable o a desconocimiento de los deberes fiscales, que, en todo caso, al deberse a error podría dar lugar a una imputación por imprudencia, no punible en este delito (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 335; cfr. STS 2 marzo 1988, con comentarios de BAJO FERNÁNDEZ, 1988, y FERRÉ OLIVÉ, PJ 1988. Para SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2003, p. 123, el concepto de «fraude» en todos los delitos tipificados en este Título debe entenderse simplemente como «incumplimiento de los deberes del particular con la Administración», con independencia de que se pueda hablar o no del engaño propio de la estafa. No obstante ese incumplimiento, al ser doloso, refleja un elemento de «defraudación» que lo emparenta no sólo con la estafa, sino también con la apropiación indebida y las insolvencias punibles, cfr. *supra* capítulos XIX y XX; sobre la omisión motivada por error, véase *infra*: tipo subjetivo).

La referencia a «las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener» despeja definitivamente las dudas sobre la tipicidad del impago de las cantidades retenidas del IRPF por el empresario y no ingresadas que algún sector doctrinal y jurisprudencial tipificaba antes de la reforma de 1995 como apropiación indebida y que ahora entran claramente en el ámbito del art. 305 (véase *supra* capítulo XIX). Respecto a la elusión de ingresos a cuenta de retribuciones en especie no se entiende muy bien por qué se restringe el tipo sólo a estas retribuciones y no a otras.

También existe delito contra la Hacienda Pública cuando se ocultan elementos patrimoniales adquiridos ilícita o delictivamente, como, por ejemplo, el «dinero negro» procedente del narcotráfico, cohecho, malversación, etc. Cuestión diferente es que, por la vía del concurso de leyes (art. 8), se considere que si la obtención ilícita del dinero ha sido ya objeto de sanción penal (como cohecho, blanqueo de capitales, etc.), se absorba la infracción fiscal en la pena del delito del que proceden los ingresos (cfr. STS 21 diciembre 1999 —«caso Roldán»— y 28 marzo 2001 —«caso Urralburu»— y el comentario a ellas de GALLEGO SOLER, pp. 289 ss.; MARTÍN RUIZ. En contra BACIGALUPO SAGESE, 2002, pp. 118 ss., quien considera que no hay en ningún caso delito fiscal. Más matizadamente, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, pp. 257 ss., considera que las ganancia de origen delictivo no tributan cuando han sido decomisadas o restituidas).

El resultado exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se elude el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, o se obtienen indebidamente devoluciones o se disfrutan de la misma forma beneficios fiscales. Sin embargo, la penalidad del hecho descrito en el art. 305 viene condicionada a que «la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros» (50.000 euros, cuando se defraude a la Hacienda de la Comunidad Europea, art. 305,3; o más de 4.000 euros, para que se pueda castigar como falta, art. 627).

Este resultado es una *condición objetiva de penalidad*, ya que si no llega a la cuantía citada, determinada en la forma que señala seguidamente, nunca puede castigarse como delito el fraude; esto significa que no debe ser abarcada por el dolo, y que son sólo razones de conveniencia política las que inciden en que se fije una cantidad u otra para diferenciar el delito de la simple infracción administrativa (en la regulación anterior a 1995 eran 5.000.000 de pesetas y en el Código penal de 1995, hasta la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre, 15.000.000 de pesetas); en contra de esta opinión, considerando que es un resultado típico y que de no darse cabe la tentativa, MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 339; y MORALES PRATS, en QUINTERO, Comentarios, p. 1380).

La citada cuantía se determina según el apartado 2 del art. 305 de la siguiente forma: «si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos

son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación». Esta regla es importante porque las defraudaciones que no alcancen el importe requerido en el período impositivo no pueden constituir el delito previsto en el art. 305, aunque acumulando diversos períodos impositivos llegue a rebasarse dicha cantidad (una prueba más de su carácter de condición objetiva de penalidad). Tampoco cabe computar conjuntamente impuestos autónomos y en distinto régimen fiscal (por ej., defraudación por impuesto de sucesiones y por impuesto general sobre la renta). Si, por el contrario, cada uno de estos impuestos por separado rebasa la cantidad de 120.000 euros habrá concurso real de delitos.

Por «tributos» hay que entender las «tasas, contribuciones especiales e impuestos» a que alude el art. 2,2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Por «beneficios fiscales», las deducciones, bonificaciones, exenciones y desgravaciones tributarias. Desde la reforma de 1995 se alude expresamente a las «retenciones», para incluir claramente en el tipo el incumplimiento de un deber que afecta a determinados sujetos obligados a practicar las retenciones o ingresos a cuenta, y a las «devoluciones», que no son exactamente ni tributos, ni beneficios fiscales, pero cuya percepción indebida queda ahora claramente dentro de la tipicidad. Las subvenciones tienen un régimen distinto y su defraudación se castiga en el art. 308 (cfr. *infra*). Fuera del ámbito de este delito quedan también las defraudaciones en materia de contrabando, que se regulan expresamente en otra ley (cfr. *infra*).

Sujeto activo sólo puede ser, como decíamos antes, el deudor tributario; también los sustitutos y los responsables del tributo, los obligados a retener y los titulares del beneficio fiscal o de la devolución disfrutada indebidamente. Pero el carácter especial de este delito no excluye las reglas generales de la participación y la posible responsabilidad de los extraños a la obligación tributaria a título de inductores, cooperadores necesarios o cómplices (asesores fiscales, los que elaboren facturas falsas, etc.), siempre que se den, claro está, los presupuestos, objetivos y subjetivos, de estas formas de participación (cfr. sin embargo art. 65,3). Cuando el delito se cometa en favor de una persona jurídica por un directivo u órgano de la misma deberá aplicarse lo dispuesto en el art. 31.

Especialmente relevante en esta materia es la figura del «administrador de hecho», entendiendo por tal, como ya se ha señalado en los capítulos XX y XXIII, al verdadero dueño de la sociedad, aunque no figure en su organigrama, ni ostente cargo jurídicamente reconocido. Las posibilidades en esta materia de extender la cualidad de deudor fiscal a este tipo de sujeto se derivan de la propia regulación tributaria que atribuye esta cualidad a todo el que haya obtenido un ingreso tributariamente relevante, cualquiera que sea la forma u origen del mismo (cfr. STS 20 mayo 1996, y comentario a la misma de SILVA SÁNCHEZ).

Tipo subjetivo

Tal como se deduce de la expresión «defraudare», sólo son punibles la acción u omisión «dolosa», quedando excluida del tipo penal, por tanto, la imprudente, para la que por lo demás no hay una previsión típica específica. Aunque es perfectamente imaginable y punible conforme a lo dispuesto en el art. 14,3 el error de prohibición vencible (desconocimiento negligente de determinados extremos que fundamentan la obligación de pagar, despreocupación por informarse adecuadamente, etc.), hay que reconocer que en estos delitos las diferencias entre error de tipo y de prohibición son difíciles de marcar.

Una interpretación secuencial obliga, sin embargo, a tratar y resolver como error de tipo lo que ya incide en los elementos configuradores de la tipicidad. Y dado que la expresión «indebidamente» delimita el comportamiento relevante típicamente en este delito, considero que el error sobre la deuda tributaria y otras obligaciones debe conceptuarse como *error de tipo*, aunque obviamente también pueda dar lugar a un error de prohibición. Quien cree erróneamente que no está obligado a pagar, no sólo no actúa típicamente, sino que tampoco tiene conciencia de la antijuricidad de su hacer. Pero esta doble relevancia del error, como error de tipo y de prohibición al mismo tiempo, no impide que dogmática y político-criminalmente sea mejor tratarlo como error de tipo y, por tanto, como un error incluible en el art. 14,1, lo que en este delito, sólo punible en su forma de comisión dolosa, excluye su relevancia típica penal (MUÑOZ CONDE, 1986; también PÉREZ ROYO, 1986, p. 150; BOIX REIG, p. 423; MARTÍNEZ PÉREZ, 1986, pp. 881 ss.; BAJO II, p. 621). Naturalmente, la invocación del error sólo será creíble en la medida en que por el contexto, profesión y circunstancias personales del contribuyente pueda ser admisible que realmente el sujeto desconocía sus obligaciones tributarias, aunque hubiera podido conocerlas si se hubiera informado mejor, ya que el error vencible determina una imprudencia que no es punible en este delito.

b) Tipos cualificados

El párrafo 2 del apartado 1 del art. 305 dispone que las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior

cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Junto a las penas señaladas, se impone al responsable 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 un período de tres a seis años.

Especial consideración de la regularización fiscal como excusa absolutoria

Al ser el fraude fiscal un delito de resultado cabe que antes de que éste se produzca el sujeto *desista voluntariamente*, rectificando su conducta inicialmente fraudulenta y pagando la deuda tributaria correspondiente. Esta cuestión no estaba regulada antes de la reforma de 1995, pero, como decíamos en la 9ª ed. (p. 825), ningún obstáculo teórico había para apreciar esta *causa personal de exclusión de la pena*, cuando se daban los requisitos que exige el art. 16,2 del Código penal: evitación de la consumación y voluntariedad o espontaneidad del desistimiento. Por otra parte, el art. 27 de la Ley General Tributaria también prevé una regularización de la deuda fiscal que debe ser armonizada con la regulación penal.

Sin embargo, la Ley 18/1991, de 6 de junio, autorizó una regulación tributaria, mucho más amplia, por la que quedaban exentos de responsabilidad quienes suscribieran Deuda Pública Especial en las condiciones fijadas en dicha Ley, siempre que se aplicaran a la reducción de rentas o patrimonios netos no declarados, en relación con las deudas tributarias derivadas de dichas rentas o patrimonios. Esta exención de responsabilidad fue, sin embargo, cuestionada en el ámbito penal por la jurisprudencia (Auto de la Audiencia Nacional de 25 junio 1993 y Sentencia de la Audiencia de Lérida de 15 junio 1993), por lo que la reforma de 1995 la incluyó expresamente en la Disposición Adicional Primera, otorgando a la regularización realizada al amparo de la misma el carácter de exención de la responsabilidad penal. La reforma de 1995 y siguiendo sus huellas el Código penal del mismo año fue, sin embargo, más lejos, al incluir una cláusula de regularización, tanto para el delito fiscal (art. 305,4), como para el fraude de subvenciones (art. 308,4) y los delitos contra la Seguridad Social (art. 307,3). Según el párrafo primero del art. 305,4: «Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

Dicha disposición fue ampliamente debatida en la discusión parlamentaria del Proyecto de reforma de 1995, en el que originariamente se contenía una exención penal mucho más restrictiva, que luego en el Senado se amplió a «las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo (el sujeto) pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria» (párrafo 2º del art. 305,4). Esta última disposición puede llegar a tener caracteres de escándalo si no se realiza una interpretación restrictiva que reconduzca su generoso tenor literal a límites compatibles con las funciones preventivas específicas del Derecho penal. En primer lugar, se trata de una simple *excusa absolutoria* que sólo puede beneficiar al sujeto que regularice su situación tributaria, no a los terceros partícipes en la comisión del hecho. En segundo lugar, debe producirse antes de que la Administración tributaria haya iniciado las actuaciones de comprobación, o se haya interpuesto querella o denuncia, o el Ministerio Público o el juez instructor realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias, es decir, debe ser una regularización voluntaria, no coaccionada y, por tanto, espontánea, lo que implica que el sujeto se adelante a la detección del fraude por parte de la autoridad competente («autodenuncia»); de no ser así se favorece el acuerdo y el «compadreo» entre la Inspección y el contribuyente, quien, en última instancia, prefiere pagar a verse expuesto a una condena penal. Si ello fuera así, la regularización funcionaría de hecho como una especie de «cuestión prejudicial», que fue lo que determinó la ineficacia penal de la regulación de 1977. Y, finalmente, debe entenderse que la extensión de la impunidad a las irregularidades contables (véase *infra* art. 310) u otras falsedades instrumentales sólo puede admitirse en la medida en que dichas falsedades carezcan de autonomía punitiva frente a los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, es decir, sean las del art. 310 o las falsedades en documento privado del art. 395, que sólo son punibles en la medida en que puedan producir un perjuicio; parece realmente excesivo y una auténtica contradicción con el régimen general de las falsedades documentales y su relación concursal con otros delitos, especialmente las estafas y demás defraudaciones patrimoniales (cfr. *supra* capítulos XIX y XXXI), que, por ej., una falsedad en documento público u oficial pueda quedar exenta de pena por el hecho de que se haya utilizado para llevar a cabo un fraude fiscal que luego se regulariza. Por eso me parece insostenible la tesis de algún grupo parlamentario que sostenía que en caso de regularización falta la voluntad defraudadora y con ella la responsabilidad penal (¿también la de los que han falsificado los documentos o presentado los documentos falsos a sabiendas de su falsedad?). Si la exención de responsabilidad penal prevista en los arts. 305, 307 y 308 alcanza también, según la Disposición Final Quinta, a la regularización de las deudas en cuantía inferior a la establecida en dichos

artículos, parece a todas luces excesivo que la impunidad se extienda a todo tipo de «falsedades instrumentales». Una cosa es que todavía, y dentro de las posibilidades que ofrece el art. 16,2 y 3 del Código penal, se conceda la impunidad al «contribuyente tardío», y otra que se dejen exentas de pena también las maniobras fraudulentas premeditadas y persistentes realizadas a través de falsificaciones de documentos públicos, oficiales o mercantiles, tales como escrituras, facturas, soportes contables, etc., que quedarían absurdamente privilegiadas cuando se realicen para defraudar a Hacienda. Si el precepto se interpreta así, de hecho estos delitos se convierten en delitos sólo perseguibles a instancia de la Administración tributaria, cuando ésta, por las razones que sean, no llegue a un acuerdo de regularización fiscal con el contribuyente; algo realmente chocante y contrario no sólo a los principios básicos de la Hacienda Pública, sino a los más elementales principios del Derecho penal. Con ello quizás se consiga una mayor eficacia recaudatoria, pero a costa de una mala y criticada política criminal.

Según el apartado 4 del art. 305, si la voluntad de regularización del contribuyente surge después de haber sido detectado el fraude a través de una «paralela» o de cualquier otro medio, no debería admitirse la regularización; no obstante, si el contribuyente muestra desde el primer momento voluntad de reconocer la deuda y pagarla, puede valorarse, sobre todo en el caso de la omisión, que no hubo verdadera voluntad de defraudar o que se trató de una apreciación errónea de los deberes fiscales, aunque ello ya es una cuestión que deberá ser valorada por el Tribunal penal y no por la propia Inspección (cfr. Martínez-Buján, 1999, p. 357; Morales Prats, en Quintero, Comentarios, p. 1403; Octavio De Toledo, 2000, quien considera que la exoneración puede producirse cuando lo realizado sea calificable como conducta típica de tentativa. En general, la doctrina que se ha ocupado ya extensamente de este precepto considera que el mismo es más proclive a «generar dinámicas de negociación entre la Administración y los defraudadores» (así, Brandáriz García, 2004, p. 118) que a generar una sana prevención general en los obligados tributariamente (para más detalles cfr. Iglesias Río y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 2002).

II. Obstruccionismo fiscal

Como antes se dijo, al concepto de Hacienda Pública es inherente que la Administración pueda desarrollar su actividad normal en la recaudación tributaria y no sea entorpecida u obstaculizada en ella por maquinaciones de los contribuyentes. En la medida en que esas maquinaciones constituyan actos ejecutivos del fraude fiscal previsto en el art. 305, podrían castigarse como tentativa del mismo (caso de admitirse en este delito las formas imperfectas de ejecución), pero ello no siempre es posible, bien por razones de prueba, bien por no tener el carácter de actos ejecutivos típicos, sino el de actos preparatorios más o menos equívocos. Por todo ello, el art. 310 eleva a la categoría de delito autónomo una serie de comportamientos en los que lo característico es una falta de cooperación y de lealtad por parte del contribuyente, que incumple determinadas obligaciones legales tributarias de llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales.

Según el art. 310,a) y b), es delito el incumplir absolutamente dicha obligación *en régimen de estimación directa de bases tributarias* o llevar contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa. Para los supuestos c) («no hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiere anotado con cifras distintas a las verdaderas») y d) («hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias») dispone el último párrafo del art. 310 que sólo se consideran como delito si se hubieran omitido las declaraciones tributarias o si las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y si la cuantía, en más o en menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados excede, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico (en la regulación anterior a 1995 la cuantía eran diez millones y en el Código penal de 1995, hasta la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre, de treinta millones).

Estos requisitos adicionales limitan el carácter puramente formal y de mera actividad de estas infracciones, en las que habrá que exigir también el dolo para distinguirlas de las simples infracciones tributarias no delictivas, ya que no está especialmente tipificada la comisión imprudente de estos hechos (cfr. Ferré Olivé, Barcelona 1988, p. 217; Sánchez-Ostiz, pp. 474 ss.; Gracia Martín, 1990; Martínez-Buján, 1999, pp. 441 ss.).

La excusa absolutoria prevista en el apartado 4 del art. 305 alcanza también a este delito.

III. Fraude de subvenciones

La reforma de 1985 introdujo por primera vez en el Código penal una figura de delito, de dudosa punibilidad con los preceptos tradicionales de la falsedad o la estafa (cfr. Muñoz Conde, 5ª ed., p. 757), que ya había sido objeto de previsión expresa como delito socioeconómico en el Proyecto de 1980 (art. 371) y en la Propuesta de Anteproyecto (art. 299).

La primera modificación del fraude de subvenciones tendría lugar a los 10 años de su introducción en el Código penal, mediante la Ley

Orgánica 6/1995, de 29 de junio, de reforma de determinados preceptos relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Las principales novedades que esta Ley introdujo en la materia fueron la ampliación del objeto de la acción no sólo a las subvenciones y desgravaciones, sino de forma más amplia a las ayudas concedidas por las Administraciones públicas, así como la elevación del importe mínimo para considerar el fraude como delictivo de los dos millones y medio a los diez millones de pesetas. Pero sin duda, al igual que en el delito fiscal, la novedad más significativa fue la introducción de un párrafo 4 que contemplaba por primera vez en esta materia un régimen específico de exención de la responsabilidad criminal.

En el nuevo Código penal, además de mantenerse las modificaciones operadas ya por la reforma de junio del 95, la novedad más significativa ha sido la referencia expresa y en tipos penales autónomos a los fraudes relativos a los fondos comunitarios en los arts. 306 y 309, previéndose incluso en los arts. 627 y 628 dos faltas referentes a los fraudes relacionados con la función de ingreso y gasto de la Hacienda comunitaria. Por su parte, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha aumentado las cuantías exigidas en estos delitos, además de establecerlas en euros.

El *bien jurídico protegido* en este precepto es la Hacienda Pública en su vertiente de gasto público, es decir, en la asignación equitativa de los recursos públicos a través de las subvenciones o desgravaciones a particulares, también a personas jurídicas, para el fomento de actividades económicas determinadas (en este sentido Sánchez López, p. 214; Martínez-Buján, 1999, pp. 385 ss., sin embargo, siguiendo la opinión de Asúa Batarrita, mantenida en sus diversos trabajos sobre el tema, considera que hay un bien jurídico en sentido técnico que es «el fin para el que fue establecido el régimen de subvenciones»; más en el sentido del texto, Gómez Rivero, Valencia 1996, pp. 110 ss., que acentúa el carácter patrimonialista de este delito).

Objeto de la acción son las ayudas, subvenciones y desgravaciones. Con el término «ayudas» el legislador ha querido dar cabida a cualquier forma de atribución gratuita de contenido patrimonial, con independencia de la forma que adopte y de su carácter directo o indirecto (ej., créditos subvencionados), o de la finalidad que con ella se pretenda conseguir (fines económicos, sociales o culturales). Del término desgravación habrán de excluirse aquéllas que consistan en «beneficios fiscales», puesto que pertenecen al ámbito del art. 305

(cfr. *supra* y Arroyo Zapatero, pp. 28 ss.; Gómez Rivero, Valencia 1996, p. 170; Sánchez López, p. 112). Lo que ocurre es que es difícil imaginar supuestos de desgravaciones que por no ser fiscales encuentren su encaje en el art. 308. De hecho, ni siquiera las desgravaciones a la Seguridad Social podrían tener cabida en él por tipificarse ahora autónomamente los fraudes relativos a la misma en el art. 307 (véase *infra*); de ahí que Martínez-Buján (1999, p. 397) considere su mención superflua.

La *acción típica* se puede realizar de una doble manera:

a) Falseando las condiciones requeridas para la concesión de la subvención o ayuda u ocultando las que la hubieran impedido (art. 308,1).

b) Incumpliendo las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida (art. 308,2).

En la medida en que en ambas modalidades la conducta fraudulenta encuentra su referente en las condiciones requeridas por la normativa extrapenal que regule la concreta subvención o ayuda, habrá de acudirse a ella para determinar el supuesto de hecho de la norma, configurándose así el precepto como una norma penal en blanco.

En la primera modalidad, junto a la acción típica la consumación del delito requiere la producción de un resultado separado de aquélla: la obtención de una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas, siendo, por tanto, un delito de resultado. Por el contrario, el segundo apartado contempla un delito de mera actividad, puesto que el incumplimiento de las condiciones que alteran sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida no representa un resultado separado de la acción, sino una característica de ésta que le confiere su relevancia penal.

Tanto en el apartado primero como segundo, el hecho sólo constituye delito si el importe de la subvención o desgravación supera los 80.000 euros (*condición objetiva de penalidad*). Sólo en relación a los fraudes comunitarios podría entenderse que la cuantía forma parte del resultado típico, ya que los arts. 627 y 628 prevén una falta para los casos en que el fraude no alcanza los 50.000 euros (véase *infra*). Sin embargo, por razones de coherencia no sólo con la regulación del fraude de subvenciones contra la Administración interna, sino en general con el resto de los delitos contra la Hacienda Pública, es preferible seguir contemplando la cantidad mínima como condición objetiva de penalidad, cifrada ahora en el importe mínimo requerido para la falta (4.000 euros). Debe tratarse, por tanto, de un efectivo perjuicio

patrimonial (en este sentido, GÓMEZ RIVERO, Valencia 1996, pp. 172 ss., aunque considera que se trata de un elemento típico), que a veces puede coincidir con el importe de la subvención otorgada, y otras veces no, si, por ejemplo, se desvía sólo una parte del importe de la subvención a fines distintos para los que fue concedida (en contra de esta opinión, MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pp. 399 ss., coherentemente con su concepción del bien jurídico protegido en este delito, véase *supra*).

Cuando el importe no rebase esta cantidad habrá que entender que el hecho es impune, ya que la previsión expresa del art. 308 demuestra que no puede castigarse como estafa.

Sujeto activo. La primera modalidad se configura como un delito especial en el que sujeto activo es exclusivamente el solicitante beneficiario de la subvención («el que obtenga una subvención, desgravación o ayuda»). Por el contrario, en la modalidad de malversación del apartado 2, autor puede ser cualquiera que realice el incumplimiento que altera sustancialmente los fines de la subvención. Cuestión distinta será que en la práctica sea normalmente el adjudicatario el que incumpla las condiciones a que se refiere el art. 308. La posibilidad de que sean terceros los autores de dicho incumplimiento prácticamente se limita a los casos de estructuras organizadas y, como señala ARROYO ZAPATERO (p. 100), se refiere en concreto a los encargados o colaboradores que ostenten un poder de representación o dirección que los coloque en condiciones materiales de poder impedir el cumplimiento de la condición.

El régimen concursal de la estafa de subvenciones con los tipos de falsedad requiere atender tanto a la concreta modalidad de la conducta falsaria que se realice, como al propio alcance del injusto del art. 308. El empleo del verbo «falseando» en la primera modalidad va a impedir apreciar el tipo de falsedad en documento oficial respecto a la consignación de datos falsos en la correspondiente instancia o solicitud, puesto que al ser consustancial a aquélla la realización de dicha forma de falsedad, sería el fraude de subvenciones el precepto aplicable conforme al art. 8,3 Cp.

Distintos se plantean los casos en que la conducta falsaria no se refiere ya a la declaración misma que el sujeto dirige a la Administración, sino a los documentos que la acompañan y que avalan lo ya declarado en la instancia-solicitud. Tanto en los casos en que el sujeto presenta documentos públicos o privados falsos como en aquéllos en que falsifica por sí mismo un documento privado, habrá de apreciarse un concurso de leyes y no de delitos. Porque los respectivos tipos que

castigan cada una de estas formas de falsedad (arts. 393, 395, y 396) exigen para su tipicidad el móvil de «perjudicar a otro», lo que ya es tenido en cuenta de una forma más amplia en el tipo de fraude de subvenciones, que absorbe así, en cuanto secuencia de una misma maniobra engañosa, la acción falsaria.

El injusto de las falsedades aparece hasta tal punto fusionado en el del fraude de subvenciones que cuando éste desaparece, normalmente por no alcanzar la cuantía mínima, aquél no recobra sustantividad propia en orden a fundamentar un injusto propio. En estos supuestos, las conductas de falsedad, al no poderse autonomizar de la acción fraudulenta orientada a la obtención de la subvención, correrían de nuevo paralelas a la sanción del injusto más amplio en que se integran, pasando ahora, por tanto, a constituir el supuesto de hecho de la infracción administrativa, en la que por analogía con lo dispuesto en la regularización de la infracción penal, deberían quedar también impunes las falsedades instrumentales (cfr. GÓMEZ RIVERO, Valencia 1996, pp. 254 ss.; SÁNCHEZ LÓPEZ, p. 308).

Distinto se presenta el régimen concursal del art. 308 y la falsedad en los casos en que el solicitante comete por sí mismo una falsedad en documento público, oficial o mercantil —distinta a la falsedad en la correspondiente solicitud—. En ellos habrá de apreciarse un concurso de delitos, puesto que ahora se estaría lesionando el bien jurídico fe pública, cuyo contenido material se independiza de cualquier deber de decir la verdad y de la intención del perjuicio patrimonial (ARROYO ZAPATERO, p. 137). En estos supuestos la conducta del sujeto representa una alteración de las condiciones que determinan la autenticidad y veracidad del documento, alteración que, además, va a usarse como medio para engañar a la Administración y obtener la correspondiente subvención (sobre las relaciones entre este delito y la estafa común, véase MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pp. 416 ss., que considera que el fraude subvenciones es subsidiario de la estafa).

El *tipo subjetivo* requiere el dolo, que debe ir referido a los hechos relevantes para la concesión de la subvención. Más allá de la connotación dolosa de los verbos empleados en la descripción típica, a la admisibilidad de la imprudencia se opone ahora de forma inequívoca la ausencia de una cláusula de incriminación en tal sentido.

El error de prohibición debe ser tratado conforme al art. 14,3, salvo que se trate también o provenga de un error sobre elementos normativos del tipo (por ej., el concepto mismo de subvención), en cuyo caso deberá considerarse como un error de tipo a incluir en el apartado

1 del art. 14, determinando entonces la irrelevancia típica del hecho (véase ARROYO ZAPATERO, pp. 119 ss.).

La exigencia de una condición objetiva de penalidad (importe superior a 80.000 euros) impide la apreciación de formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, igual que ocurre respecto al límite de los 120.000 euros en el delito fiscal, hay quienes consideran que se trata de un resultado *consumativo* (así MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 264). Para ARROYO ZAPATERO (p. 105) la naturaleza de condición objetiva de penalidad de esta cuantía es evidente, pero ello no excluye las formas imperfectas de ejecución, por cuanto es «una condición relativa al tipo de subvención y no a la cuantía del perjuicio que la misma pueda comportar al obtenerse fraudulentamente. Si la subvención que se obtiene o se pretende obtener fraudulentamente es superior a la cifra mencionada ha de afirmarse el delito consumado o intentado».

Penas

Prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo del importe de la subvención. Además de estas penas, se impondrá al responsable 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 un período de tres a seis años (art. 308,3).

El apartado 4 del art. 308 prevé el reintegro de las cantidades recibidas como excusa absolutoria en parecidas condiciones y con similares efectos a la regularización prevista en el art. 305,4 para el fraude fiscal (véase *supra*).

EXCURSO: FRAUDES A LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD EUROPEA

En el Código penal de 1995 se han incluido dos preceptos que específicamente protegen los presupuestos generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta.

– El art. 306 castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada, que ha de ser superior a 50.000 euros, al que «por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta, (...) eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados».

– El art. 309 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía obtenida indebidamente, en todo caso superior a 50.000 euros, al que «obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta, (...) falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido».

Por su parte, el art. 628 contempla una falta sobre los fraudes relativos a los fondos comunitarios:

– Art. 628: «El que defraudare a los presupuestos generales de la Comunidad Europea, u otros administrados por ésta, u obtuviera indebidamente fondos de las mismas, por alguno de los procedimientos descritos en los artículos 306 y 309, en cuantía superior a 4.000 euros, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses».

La incorporación de estos preceptos obedece a la aprobación del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DOCE 316/49, de 27-11-95). Conforme a su art. 2, los Estados miembros deberán tomar las medidas necesarias para castigar de forma eficaz los fraudes relativos a los fondos comunitarios. Las sanciones que deberán incluir se hacen depender de la calificación del fraude como grave o leve. La fijación del importe a partir del cual se considera el fraude como grave se relega en el Convenio a la competencia de los Estados miembros, si bien establece que ese montante mínimo de referencia no podrá exceder de los 50.000 ecus (las referencias al ecu deben entenderse ahora hechas al euro). Para estos supuestos, el Convenio prevé la imposición de penas de privación de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

En cumplimiento de esta previsión, y acogiéndose al límite mínimo de protección fijado por el Convenio, los arts. 306 y 309 Cp tipifican los fraudes comunitarios relativos a la función de ingreso y gasto de la Comunidad Europea por valor superior a los 50.000 euros. De los primeros se ocupa el primer inciso del art. 306. En él, de forma paralela al art. 305, se tipifica expresamente la modalidad activa y omisiva de la conducta típica, si bien su punto de referencia se define ahora de un modo más genérico que en aquél, como la elusión del «pago de las cantidades que se deban ingresar». De los fraudes relativos a la función de gasto de la Hacienda comunitaria se ocupa la segunda parte del art. 306 y el art. 309. Este último contempla la modalidad de obtención fraudulenta de los fondos comunitarios, transcribiendo prácticamente en la descripción de la acción típica el apartado primero del art. 308, por lo que pueden reproducirse aquí las consideraciones hechas

al estudiar aquél. La última parte del art. 306 se ocupa de la modalidad de malversación de los fondos comunitarios, de forma paralela ahora al segundo apartado del art. 308. A diferencia de éste, sin embargo, el art. 306 ha prescindido de la exigencia de un previo incumplimiento para elevar a momento decisivo el dato de la alteración de los fines para los que se concedieron los fondos comunitarios, permitiendo así la incriminación de los casos en que la maniobra fraudulenta no requiere un previo incumplimiento de las condiciones establecidas formalmente en la convocatoria.

Respecto a la tipicidad subjetiva, también ahora está ausente cualquier cláusula de incriminación de la imprudencia. Con esta limitación a los fraudes dolosos se da cumplimiento a las obligaciones derivadas de la aprobación del referido Convenio europeo, que si bien inicialmente exigía la incriminación de los fraudes realizados por negligencia grave, finalmente, en la línea propuesta por la Comisión, ha limitado el concepto de fraude a las conductas cometidas intencionalmente (art. 1,a).

Las penas previstas coinciden con las de los correspondientes delitos de los arts. 305 y 308, si bien sólo en lo que se refiere a las penas pecuniarias y privativas de libertad. La ausencia de cualquier referencia a penas interdictivas, como la imposibilidad de obtener otras subvenciones o ayudas públicas, resulta una consecuencia lógica que justifica además la previsión expresa de los fraudes comunitarios en tipos independientes a los relativos a la Hacienda interna. En efecto, en la medida en que dichas sanciones implican una decisión sobre los posibles beneficiarios de sus fondos, sólo el órgano concedente —la Comunidad Europea— está legitimado para acordar su imposición. Por lo mismo, por ser una opción que excede de las facultades del legislador interno, está ausente cualquier referencia a la excusa absolutoria contemplada en los tipos contra la Hacienda interna.

En cualquier caso, lo cierto es que la ausencia de dicha excusa absolutoria agudiza aún más la distorsión que introduce su previsión en el art. 308,4, ya que, dependiendo sólo del órgano concedente, un mismo fraude podrá beneficiarse o no de dicha exención de responsabilidad.

Junto a la expresa tipificación de estos delitos, el art. 628 contempla una falta para los casos en que el fraude a los fondos comunitarios oscila entre los 4.000 y 50.000 euros. Esta previsión corresponde una vez más a lo dispuesto en el citado Convenio europeo, que en su art. 2 faculta a los Estados miembros a incluir sanciones distintas para los

casos de fraude leve, si bien estableciendo que su importe total no sea inferior a los 4.000 euros. Respecto a su tipicidad objetiva y subjetiva, en la medida en que el propio artículo 628 se remite a las conductas descritas en los correspondientes tipos delictivos, damos por reproducidas las consideraciones hechas en relación a cada uno de ellos (para más detalles, véase NIETO MARTÍN, pp. 382 ss.).

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Manual de derecho penal del trabajo*, Barcelona 1988; BAYLOS/ TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, Madrid 1990; CASTIÑEIRA PALOU, *El impago a la seguridad social de las cuotas retenidas a los trabajadores como delito de apropiación indebida*, ADP 1985; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Delitos contra la Seguridad Social*, Barcelona 1991; DELGADO LÓPEZ, *La doctrina del tribunal Supremo sobre la falta de ingreso de las cuotas obreras de la seguridad social retenidas por el empresario*, ADP 1985; MARTÍNEZ PÉREZ, *Apropiación de la cuota obrera de la Seguridad Social y apropiación de las cantidades retenidas en el IRPF*, en Protección penal de los derechos de los trabajadores, Santiago de Compostela 1985; MORILLAS CUEVA, *El problema de la calificación jurídicopenal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la Seguridad Social*, Anuario de la Escuela Social de Granada 1980.

Sobre el Código penal de 1995: APARICIO PÉREZ, *La regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código penal. (Artículos 305 a 310 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*, Valladolid 1996; BRANDARIZ GARCÍA, *Los delitos de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia 2000; el mismo, *La protección penal del patrimonio de la Seguridad Social. Notas de Derecho* comparado, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; el mismo, *La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, EPC 2004; CACHÓN VILLAR, *La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones. Supuestos de falta de cotización*, La Ley 1997; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra la seguridad social en el Código penal de la democracia*, Madrid 1996; el mismo, *Descriminalización por interpretación: un paso hacia atrás en la protección penal del patrimonio del trabajador y de la Seguridad Social*, La Ley 1997; DELGADO GARCÍA, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, La Ley 1996; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *El impago de la cuota obrera de la Seguridad Social: su consideración penal*, La Ley 1996; LAMELA FERNÁNDEZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social: breve aproximación a su contenido*, La Ley 1996; LEONES SALIDO, *Falsificación y estafa a la Seguridad Social*, AJA 2001; MARTÍNEZ LUCAS, *Estudios jurídicos sobre el delito contra la Seguridad Social*, AP 1996; el mismo, *El nuevo delito contra la Seguridad Social*, ADP 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*, Madrid 1996; el mismo, *Derecho penal económico. Parte especial*,

Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; REYES OLEA, *Consideraciones en torno al nuevo delito contra la Seguridad Social*, La Ley 1996; SOTO NIETO, *Impago por el empresario de las cuotas obreras de la Seguridad social*, La Ley 1998; VALLE MUÑIZ, *La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el artículo 307 del nuevo Código penal*, ADP 1995; el mismo, *El fraude a la Seguridad Social, en Congreso de Derecho penal y procesal*, Sevilla 1996; el mismo, *La criminalización del fraude a la Seguridad Social*, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996.

Con la reforma de 1995 se introdujeron en el anterior Código penal, junto a la nueva regulación de los delitos contra la Hacienda Pública, los delitos contra la Seguridad Social, regulación que se ha incorporado en términos idénticos en el Código penal de 1995. Aunque de naturaleza muy parecida a la Hacienda Pública, la Seguridad Social aparece en el moderno Estado social y democrático de Derecho como un bien jurídico autónomo, de carácter social, al que alude el art. 41 de la Constitución. La lesión de este importante bien jurídico no es sólo, sin embargo, un ataque a la política social del Estado, sino también a la economía en su conjunto y concretamente al potencial competitivo de las empresas que cumplen sus obligaciones con la Seguridad Social, lo que justifica su tratamiento sistemático en este capítulo. No obstante lo cual, no se debe olvidar que son los derechos de los trabajadores, principales sostenedores y beneficiarios del sistema, los que, en última instancia, se ven afectados por el incumplimiento de las obligaciones para con la Seguridad Social.

Igual que la Hacienda Pública, la Seguridad Social también tiene una doble función, recaudatoria y de gasto; sin embargo, en los delitos contra la Seguridad Social, como se dice en la Exposición de Motivos de la reforma de 1995, se pretende «tutelar de manera singular la función recaudatoria de la Tesorería de la Seguridad Social», quedando, en principio, fuera de su ámbito la protección de la función del gasto, que puede ser, por ejemplo, lesionada a través de la obtención indebida de prestaciones de desempleo. En realidad, de todos los posibles ataques delictivos a la Seguridad Social, puestos de relieve por DE VICENTE MARTÍNEZ (1991; apropiación empresarial de la cuota obrera; fraudes en materia de afiliación y/o alta de trabajadores; elusión del pago de la cuota empresarial; fraudes en materia de bonificaciones o reducciones; fraudes en materia de prestaciones de desempleo), sólo la elusión del pago de la cuota empresarial y los fraudes en materia de bonificaciones o reducciones parecen entrar de lleno en el art. 307. El resto, o son reconducibles a otros tipos delictivos (arts. 252 y 311), o

son impunes. Esta conclusión provisional provoca alguna perplejidad, pues precisamente son las conductas no directamente incluidas en el art. 307 las que más se dan en la práctica y, al mismo tiempo, las que más dificultades plantean de calificación típica. Veamos, pues, el contenido del art. 307, que se estructura entre un tipo básico y varias cualificaciones.

Tipo básico

A partir de la existencia de una determinada relación con la Seguridad Social, en el art. 307,1 *sujeto activo* es la persona obligada al cumplimiento de los deberes para con la Seguridad Social; *sujeto pasivo* es la Seguridad Social misma.

La *conducta típica*, que puede ser realizada, según dice el apartado 1 del art. 307, «por acción u omisión», consiste en «eludir el pago de las cuotas de ésta (de la S.S.) y conceptos de recaudación conjunta», «obtener indebidamente devoluciones de las mismas» o «disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida».

Excurso: ¿Entra la defraudación de la «cuota obrera» en el art. 307?

Un problema interpretativo importante plantea la expresión «cuotas», que, en principio, puede referirse tanto a la cuota obrera, como a la empresarial, comprendiéndose, por tanto, en el ámbito del delito la elusión de ambas. Hasta la fecha, la apropiación de la cuota obrera, es decir, de la parte que el empresario detrae del sueldo en concepto de Seguridad Social, venía considerándose por la jurisprudencia como delito de apropiación indebida (cfr. *supra* capítulo XIX). De entender que ahora se incluye en el art. 307, el comportamiento se habría privilegiado hasta unos límites increíbles respecto a la situación anterior, sobre todo si se tienen en cuenta los requisitos adicionales que exige el art. 307 para su aplicación (cfr. *infra*). Sin embargo, y a diferencia de lo que se dice expresamente en el art. 305, el art. 307 no menciona esta conducta, con lo que cabría pensar que el legislador no ha querido cambiar la situación actualmente vigente, es decir, considerar que este hecho constituye el delito de apropiación indebida previsto en el art. 252 del Código penal, o que, como aceptaba un sector doctrinal antes de la reforma de 1995, es atípico. Ciertamente, ante la laguna de punibilidad que comportaría aceptar esta última solución, cabe interpretar que en el «sentido objetivo de la ley» la apropiación de la cuota obrera por parte del empresario es ahora castigada por el art. 307 (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 369, y la mayoría de la doctrina, véase, por ej., VALLE MUÑIZ, en QUINTERO, Comentarios, pp. 774 ss., y la jurisprudencia, SSTS 18 y 24 noviembre 1997), aunque tiene razón DE VICENTE MARTÍNEZ (1996, pp. 68 ss.) al des-

tacar que de este modo se atenúa inexplicablemente el tratamiento que antes le daba la jurisprudencia a este hecho como apropiación indebida. No obstante, por acuerdo de la Junta General de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1997, el impago de las cuotas obreras que no supere los quince millones (120.000 euros tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre) no constituye apropiación indebida, ni tampoco el delito previsto en el art. 307, con lo que se ha convertido en un hecho penalmente irrelevante (véanse el texto del acuerdo en GRANADOS, Acuerdos, p. 107, y STS 18 noviembre 1997). Con ello se ha resuelto jurisprudencialmente, aunque no de una forma plenamente satisfactoria, un tema que, desde luego, no había quedado claramente resuelto por el legislador (véase MUÑOZ CONDE 12ª/13ª ed., p. 1009. Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, 2000, pp. 406 ss., quien con diversos argumentos rechaza ya la tesis de DE VICENTE MARTÍNEZ, mantenida aquí también en ediciones anteriores, y admite la impunidad de la apropiación de la cuota obrera cuando no llega a la cantidad requerida en el art. 307).

Por «elusión» hay que entender, no tanto el impago (en sí mismo atípico), como el no comunicar, en todo o en parte, a la Tesorería General de la Seguridad Social la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda con la Seguridad Social. También se tipifican la obtención indebida de devoluciones de las cuotas y el disfrute indebido de deducciones, que también perjudican la función recaudatoria de la Seguridad Social, pues con ellas ésta evidentemente cobra menos.

No están comprendidas, en cambio, las conductas que afectan a la función del gasto, es decir, la obtención o prolongación indebida de prestaciones de la Seguridad Social, que, como indica DE VICENTE MARTÍNEZ (1991, pp. 301 ss.) y demuestra la oscilante jurisprudencia en materia de fraudes al PER, están a caballo entre la estafa y la «no intervención penal», inclinándose DE VICENTE MARTÍNEZ por su atipicidad, en tanto no se tipifique expresamente, como hicieron el Proyecto de 1980 (art. 361) o el art. 292 de la Propuesta de Anteproyecto (cfr. también STS 10 noviembre 1989).

El *resultado* requiere el efectivo perjuicio económico de la Seguridad Social, pero el hecho sólo es punible «siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros» (*condición objetiva de penalidad*). El apartado 2 dispone que «a los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses».

Respecto al *tipo subjetivo*, el art. 307 sólo tipifica el hecho «doloso». El error de tipo, vencible o invencible, excluye, por tanto, la relevancia penal del hecho.

Igual que en el fraude fiscal y en la estafa de subvenciones, el apartado 3 del art. 307 concede una *excusa absolutoria* al que «regularice su situación ante la Seguridad Social» que plantea los problemas ya analizados anteriormente (cfr. *supra:* fraude fiscal). Una vez más, el afán recaudatorio prima sobre los más elementales principios del Derecho penal y de la Política criminal y convierte la nueva regulación penal en simple papel mojado (críticamente, BRANDARIZ GARCÍA, 2000, p. 723).

Tipos cualificados

Igual que en el fraude fiscal, las penas de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere utilizando persona o personas interpuestas o cuando tuviera especial trascendencia y gravedad, atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.

DELITOS DE CONTRABANDO

Bibliografía: AGUADO CORREA, *Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando*, RDPC 2000; ARROYO ZAPATERO, *Aspectos legales del tráfico de drogas*, RFDUC monográfico 6, 1983; BREZMES MARTÍNEZ, *La necesidad y el azar en la nueva Ley Orgánica de Contrabando*, AJA 1966; CABALCHO LOSADA, *La presunción de inocencia en la Ley de Contrabando*, AP 1991; DOLZ LAGO, *Incidencia de la Unión Europea sobre el contrabando en España*, AP 1994; FERNÁNDEZ-ESPINAR, *La nueva iuspositivización del contrabando al amparo de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre*, La Ley 1996; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Régimen jurídico-marítimo en materia de contrabando*, PJ 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; el mismo, *Derecho penal económico*, Valencia 2002; MUÑOZ CONDE, *El tráfico ilegal de obras de arte*, EPC 1992/1993; MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, Pamplona 1992; MUÑOZ ROJAS, *La prevención y la represión del contrabando (Ley 12/1995)*, La Ley 1996; NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, Barcelona 1996; NOREÑA SALTO, *La represión del contrabando (L.O. 7/1982)*, CPC 1983; el mismo, *Observaciones a la regulación de los delitos fiscales y de contrabando en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983*

(Capítulo V del Título XII), RFDUC monográfico 6, 1983; RENART GARCÍA, *Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales*, RDCP 2002; REY HUIDOBRO, *Criterios jurisprudenciales de determinación de la pena en los delitos de contrabando*, La Ley 1993; RODRÍGUEZ RAMOS, *¿Contrabando de drogas?*, AP 1987; el mismo, *Contrabando y/o tráfico de drogas*, AP 1989; el mismo, *Repercusiones en el contrabando de tabaco de la nueva Ley 1998, de cuatro de mayo*, AJA 1998; SILVA SÁNCHEZ, *Tráfico de drogas y contrabando*, La Ley 1997; SOTO NIETO, *La consumación del delito de contrabando. Normativa impuesta por la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre*, La Ley 1996; el mismo, *Delito de contrabando, territorio aduanero, formas imperfectas de ejecución de dicha infracción*, La Ley 1997; VARIOS, *Delitos e infracciones de contrabando*, Comentarios a la legislación penal III, Madrid 1984; VILA MAYO, *Cuestiones sobre el delito de contrabando*, La Ley 1983.

Las infracciones aduaneras, a pesar de su carácter típicamente fiscal, casi siempre han estado sometidas a un régimen específico diferente al resto de las infracciones fiscales. Así ha ocurrido en nuestro país desde el Real Decreto de 20 de junio de 1852, que sentó las bases en las que se han apoyado las sucesivas leyes reguladoras de la materia desde la de 3 de septiembre de 1904, hasta la última de 11 de septiembre de 1953, refundida en un Decreto de 16 de julio de 1964, que ha constituido la legalidad vigente hasta 1982. Los principios que informaban esta normativa poco tenían que ver con los principios penales propiamente dichos. Era una normativa administrativa aplicada directamente por la Administración, sin intervención jurisdiccional directa. Las sanciones que se imponían eran, en principio, pecuniarias, pero, en caso de impago, se transmutaban en privativas de libertad que podían alcanzar incluso a personas que nada tenían que ver con la comisión del hecho (cfr. QUINTANO III, pp. 915 ss.).

Dicho régimen era incompatible con lo dispuesto en el art. 25,3 de la Constitución («La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad»), por lo que tras la aprobación de ésta quedó automáticamente derogado. Ello produjo una sensible laguna de punibilidad con el consiguiente aumento de este tipo de hechos. Para subsanarla se envió en enero de 1981 un Proyecto de Ley que tras los trámites de rigor fue aprobado definitivamente por el Congreso el 29 de junio de 1982, constituyendo la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio. Pero los cambios operados en la aduana española en los últimos años a raíz de la configuración de la Unión Europea como un mercado interior motivaron la creación de

una nueva Ley Orgánica, 12/1995, de 12 de diciembre, cuyo Título I tipifica los delitos de contrabando, que ahora brevemente examinamos (sobre los delitos de contrabando destinados a tutelar la Hacienda pública comunitaria, NIETO MARTÍN, pp. 392 ss.).

Los *principios* que informan esta Ley en la tipificación de los delitos de contrabando son los siguientes: 1º) La diferencia entre el delito y la infracción administrativa se fija para los supuestos citados en el art. 2,1 en que el valor de los géneros o efectos sea superior a tres millones de pesetas (18.030,36 euros). 2º) A estos efectos se regula expresamente la institución del delito continuado, cuando el contrabando sea superior a tres millones de pesetas (18.030,36 euros) y se realice en distintos actos de inferior importe cada uno. 3º) Cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realice a través de una organización, los hechos descritos en el apartado 1 del art. 2 serán constitutivos de delito aun cuando el valor de los bienes sea inferior a tres millones de pesetas (18.030,36 euros). 4º) Cuando se trate de labores de tabaco, el hecho se considera delictivo si el valor es igual o superior a un millón de pesetas (6.010,12 euros).

Las cantidades en euros incluidas entre paréntesis provienen de la aplicación de la Ley Orgánica 10/1998, de 17 de diciembre, Complementaria de la Ley sobre Introducción del Euro, cuyo art. 2,1 establece que las referencias contenidas en las leyes orgánicas (como la de Represión del Contrabando) a importes monetarios expresados en pesetas se entenderán también realizadas al correspondiente importe monetario expresado en euros que se obtenga con arreglo al tipo de conversión (1 euro equivale a 166'386 pesetas) y, *en su caso*, redondeado con arreglo a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley sobre Introducción del Euro.

Tipos delictivos

Respecto a los comportamientos constitutivos de delito de contrabando, el art. 2 contiene diversos supuestos:

a) En el art. 2,1, los supuestos de los apartados a) y b) son la exportación o importación de mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas, y el comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin acreditar su lícita importación. En el primer caso, la consumación requiere que se pase el género de un espacio geográfico a otro y que no se cumpla el requisito de su presentación para el despacho en

la oficina de aduanas; este último requisito convierte el tipo en una norma penal en blanco, ya que habrá que estar a la reglamentación de exportación e importación respecto a los géneros que devengan aranceles de aduanas, para saber cuáles son esos géneros. Naturalmente, cabe el error sobre la calidad del género o sobre las normas que rigen su tráfico, a tratar conforme a las reglas del art. 14,1 del Código penal. Lo mismo sucede con el segundo supuesto, que sólo puede referirse a comportamientos no subsumibles en el supuesto primero en relación con géneros de procedencia no comunitaria (cfr. BAJO FERNÁNDEZ, en VARIOS, pp. 33 ss.).

Los supuestos del apartado d) se refieren a la importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados y prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes. En el art. 1 se define lo que debe entenderse por géneros «estancados y prohibidos». Géneros estancados son los que se atribuyen al Estado con carácter de monopolio (efectos timbrados y papel de fumar, petróleos y derivados, quinielas y boletos de juegos de azar, máquinas de juego; también el tabaco, que tiene, sin embargo, un régimen especial, véase *infra*); géneros prohibidos son aquéllos cuya circulación está prohibida por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea, lo que se hace normalmente por razones de seguridad, higiene u orden público. En última instancia, es la regulación administrativa (Arancel de Aduanas, o cualquier otra norma parecida) la que decide el carácter de estos géneros, con lo que una vez más estamos ante normas penales en blanco; así, por ejemplo, la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, declaró en su Disposición Adicional Decimoséptima «prohibida», a los efectos de lo previsto en la Ley de Contrabando, «la circulación, comercio, tenencia o producción de billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informático, que constituya soporte en la práctica de juegos de azar, sorteos, loterías...» (cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, en VARIOS, pp. 69 ss., y 342 ss.). El supuesto e) se refiere a la exportación, sin autorización, de obras u objetos que integran el Patrimonio Histórico Español, incluso si su destino es otro Estado miembro de la Unión (cfr. ORTS, en VARIOS, pp. 87 ss.; MUÑOZ CONDE, 1992/1993). El supuesto f) tipifica como contrabando las operaciones realizadas con especímenes de la fauna y flora silvestres. Este supuesto, que no se contemplaba en la anterior Ley de Contrabando, vino a paliar la ausencia en el anterior Código penal de los delitos contra la flora y fauna

(véase *supra*, capítulo XXV). La expresa previsión en el Código de 1995 de las conductas de tráfico ilegal de las especies amenazadas de flora y fauna (arts. 332 y 334) plantea el problema de la relación concursal entre ambos preceptos. Tanto la identidad de intereses protegidos (la Exposición de Motivos de la LO 12/1995 justifica su incorporación en el cumplimiento de las previsiones del Convenio de Washington, que es precisamente el que integra el supuesto de hecho de los arts. 332 y 334), como la necesidad de evitar caer en el absurdo de castigar ahora conforme a dos normas lo que hasta diciembre del 95 (antes de la nueva Ley de Contrabando y del nuevo Código penal) era impune, fuerza a la consideración de que se trata de un concurso de leyes, no de delitos, en el que será de aplicación la norma que en el caso concreto resulte más grave, conforme al principio de alternatividad recogido en el art. 8,4 del Código penal (la misma solución es aplicable en caso de contrabando de drogas, cfr. *infra*).

En el supuesto g) se sanciona como delito de contrabando el obtener «mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito» las autorizaciones para los actos a los que se refieren los números anteriores. Se plantea aquí el problema de la compatibilidad concursal con otros delitos (por ej., falsedades documentales) que la doctrina, en principio, admite, salvo en el caso de que se trate de una falsedad ideológica, por ejemplo declarando falsamente ante el funcionario, aduciendo para ello su absorción por este precepto (cfr. BAJO FERNÁNDEZ, en VARIOS, p. 105; NOREÑA SALTO, CPC 1983, p. 123). No obstante, la autonomía de las falsedades en general cuando son «instrumentales» para la realización de delitos en los que la Hacienda pública es sujeto pasivo ha quedado muy comprometida tras la reforma de 1995 y en el nuevo Código a la vista de lo que disponen las excusas absolutorias previstas en los arts. 305,4, 307,3 y 308,4 (véase *supra*).

Los supuestos h) e i) se refieren al contrabando por vía marítima que tiene connotaciones propias, tanto de índole criminológica, como jurídica. En el fondo, como dice RODRÍGUEZ-VILLASANTE (en VARIOS, p. 139), son «delitos de sospecha», puesto que se trata de infracciones de preceptos administrativos aduaneros de carácter formal (de nuevo el carácter de norma penal en blanco) que, desde el punto de vista material, constituyen más bien preparación o tentativa de un efectivo delito de contrabando. Así, por ejemplo, el supuesto h) (conducción de mercancías no comunitarias o géneros estancados o prohibidos en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos por espacios

marítimos no habilitados a efectos aduaneros) es una infracción de las normas que rigen el tráfico marítimo respecto al buque, al lugar de su conducción, etc. (sobre estos conceptos cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, en VARIOS); el que se transporten géneros es simple condición objetiva; y lo mismo sucede con el supuesto i) (alijo o transbordo clandestinos en aguas jurisdiccionales o en los supuestos de persecución continuada del art. 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar).

Ahora bien, este adelantamiento de las barreras de intervención penal obliga a excluir el concurso entre los supuestos h) e i) y los demás del art. 2,1, que cuando son realizados por el mismo sujeto activo deben estimarse como agotamiento (en este sentido VILA MAYO; matizando los diversos supuestos RODRÍGUEZ-VILLASANTE, en VARIOS, pp. 210 ss.).

El supuesto j), ya introducido por Ley Orgánica 3/1992, se refiere a la exportación de material de defensa o de doble uso (es decir, de uso civil que puede ser utilizado también militarmente; definiciones 8 y 9 del art. 1). En la Ley de 1995 se ha incluido también como supuesto de contrabando el incumplimiento de la normativa reguladora del tráfico aduanero, es decir, destinar al consumo interno las mercancías que estén en tránsito (supuesto c).

b) Todos los supuestos del art. 2,1 son delito, «siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas» (18.030,36 euros); si no alcanza este valor sólo hay una infracción administrativa (cfr. Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, que desarrolla el Título II de la LO 12/1995, relativo a las infracciones administrativas de contrabando). Sin embargo, el art. 2,2 prevé que cuando el contrabando se realice fraccionalmente «en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión», las diversas acciones u omisiones, que aisladamente consideradas serían infracciones administrativas, constituyen delito de contrabando «siempre que el valor acumulado de los bienes, mercancías, géneros o efectos en cuestión sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas». Esta disposición viene a cubrir una necesidad político-criminal evidente, como es la de evitar que dividiendo el contrabando en diversas acciones separadas que no alcanzaran, aisladamente consideradas, los tres millones de pesetas (18.030,36 euros) se impidiera la aplicación de los preceptos penales. Para ello se recurre a la figura del delito continuado, con una regulación similar a la que del mismo se hace en el art. 74,1 del Código penal (sobre la redacción anterior véase COBO/ VIVES, en VARIOS, pp. 281 ss.; NOREÑA SALTO, CPC 1983, pp. 107 ss.).

c) El art. 2,3 considera como delito de contrabando, independientemente de su cuantía, cualquiera de los hechos descritos en el art. 2,1 cuando el objeto de contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos «o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito», o cuando el contrabando se realice a través de una organización.

El inciso primero de este precepto plantea el problema del concurso entre este delito y aquellos otros que sancionan la tenencia de tales objetos. Especialmente importante es el problema en relación con las drogas o estupefacientes y los precursores, cuyo tráfico castiga también el Código penal en los arts. 368 y 371.

A mi juicio, el problema no se puede resolver con un apriorismo formal, desdeñando las particularidades del caso concreto. Es evidente que la *ratio legis* de la elevación a la categoría de delito de contrabando del que recae sobre drogas o estupefacientes, cualquiera que sea su cuantía, se debe a razones de salud pública, que también son las que motivan la existencia de los arts. 368 y 371 del Código penal y que, por tanto, la aplicación conjunta de ambos preceptos supondría una clara infracción del *ne bis in idem*. Pero también es cierto que el contrabandista traficante tiene asignada en la Ley de Represión del Contrabando una pena que en su límite mínimo (dos años cuatro meses y un día, según el párrafo 1 del art. 3 de la Ley de Contrabando) puede ser superior a la aplicable por el art. 368 cuando se trate de sustancias no gravemente nocivas a la salud (un año de prisión), lo que refleja una actitud legal más severa frente al contrabandista traficante que frente al traficante no contrabandista. También la pena de multa prevista para el contrabandista es más grave (del duplo al cuádruplo) que para el traficante de sustancias o productos que no causen grave daño a la salud (del tanto al duplo). Por eso, aunque el art. 368 sea, en principio, ley especial frente a la Ley de Contrabando, será ésta de aplicación preferente cuando la pena resultante en el caso concreto resulte más grave que la del art. 368. En realidad, esto sólo ocurre en el tráfico de drogas no gravemente nocivas a la salud (hachís). En los demás casos, es decir, cuando el marco penal aplicable sea el mismo o incluso superior por el art. 368 del Código penal, será éste de aplicación preferente (cfr. art. 369,1,10ª Cp). En el fondo, como destaca MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (1999, p. 574), se trata de un problema de alternatividad y de elección, por tanto, de la norma penal que sancione el hecho más gravemente (cfr. art. 8,4), y no de concurso de delitos;

y así lo ha venido a reconocer también la jurisprudencia, aunque quizás de forma un tanto tajante al decir que «la supuesta lesión de la norma de contrabando queda consumida en el tráfico de drogas».

El nuevo criterio jurisprudencial se estableció a partir del acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997 y ha sido confirmado por sentencias posteriores, como, por ejemplo, la STS de 1 de diciembre de 1997, que considera sólo aplicable el delito de contrabando para los que, estando autorizados para la introducción de estas drogas (por ej. con fines farmacéuticos), eluden su despacho en las oficinas aduaneras (cfr. AGUADO CORREA, pp. 245 ss.).

Fuera del concurso (de delitos y de leyes) quedan los supuestos de tráfico por persona que no intervino en los actos de contrabando, y completamente impunes los actos de tenencia de drogas para autoconsumo.

d) El párrafo b) del apartado 3 del art. 2 de la Ley Orgánica 12/1995 considera delito de contrabando los hechos descritos en el apartado 1 de este artículo «cuando se trate de labores de tabaco cuyo valor sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas» (6.010,12 euros).

Los arts. 4, 5, 6 y 7 de la Ley de Contrabando regulan cuestiones referentes a la responsabilidad civil del delito en favor del Estado, comiso, intervención y enajenación de bienes (cfr. los comentarios de AGULLO y MANZANARES SAMANIEGO, en VARIOS, pp. 361 ss.). La disposición final primera de la LO 12/1995 declara el carácter supletorio del Código penal en lo no previsto en el Título I de dicha Ley, que regula los delitos de contrabando (cfr. COBO/ VIVES, en VARIOS, pp. 459 ss.).

Penas

El art. 3,1 prevé la prisión menor y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. Conforme al apartado segundo, se impondrá la pena en su grado máximo cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas o entidades que determinen una especial facilidad para su comisión.

No deja de ser absurdo que aprobada la Ley de Contrabando (12 diciembre 1995) después de haberse aprobado el Código penal (23 noviembre 1995), no se haya adaptado su sistema de penas y de determinación de la pena al del nuevo Código y que se imponga por ej. en el art. 3,1 de la Ley de Contrabando la pena de *prisión menor* en lugar de una pena de prisión de por ej. seis meses a seis años, o que se hable en el mismo art. 3 del grado mínimo, medio y máximo, ya desaparecidos en el sistema del nuevo Código penal.

Como pena accesoria, el art. 5 prevé el comiso tanto del objeto del delito y sus ganancias como de los medios que hayan servido para su comisión.

ÍNDICE DE MATERIAS

— A —

Abandono: colectivo de servicio público: 998 s.; con peligro para la vida del menor o incapaz: 320; de asistencia sanitaria: 329 ss., 337 ss.; de destino: 997 ss.; de familia: 311 ss.; de funciones: 997 ss.; de las actividades delictivas: 678, 912 ss.; de las funciones electorales: 871 s.; de menores e incapaces: 318 ss.; del cargo: 802; sin peligro para la vida del niño: 319.
Aberratio ictus: 42.
Abogados: 265 ss., 549, 851, 941 ss., 1030 ss.; deslealtad profesional: 941, 944 ss.; incomparecencia: 943 s.
Aborto: 36, 81 ss., 140, 142, 145, 152, 184; ético: 95 s., 184; eugenésico o embriopático: 97; terapéutico: 94 s.
Abuso: de confianza: 54, 388, 398, 439, 447, 454; de crédito: 428, 430; de firma en blanco: 534, 730; de información privilegiada: 517 ss., 989 ss.; de superioridad: 53, 54, 387, 407, 439, 1028; del cargo: 179 s., 183 ss.
Abusos sexuales: 222 ss., 248, 250 ss., 327.
Acceso: carnal: 210 ss., 216 ss., 226, 228; a documentos secretos: 983 s.
Aceptación: de cargos: 802; de nombramiento ilegal: 979 s.
Acometimiento: a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos en atentado: 877 ss.
Acoso sexual: 229 ss.
Actividades peligrosas: exposición voluntaria a: 131 ss.
Actos: contrarios a la libertad de expresión y al derecho a recibir información: 852; contrarios al ejercicio de la libertad de reunión y asociación: 852 s.; de terror a la población civil, deportaciones y traslados forzosos: 769 s.; hostiles: 784; que comprometen la paz o la independencia del Estado: 783 ss.
Acuerdo previo: 395.
Acusación y denuncia falsas: 292, 926 ss., 930, 933, 940.
Administración de Justicia: 292, 314, 546, 548, 969, 996; delitos contra la: 917 ss., 947 ss.
Administración Pública: 183, 536, 587, 592, 944; delitos contra la: 965 ss., 1001 ss.
Administración social fraudulenta: 447, 537 ss.
Agente provocador: 664 ss.
Agresiones sexuales: 211 ss.
Ajenidad: 378, 418.
Alarmas infundadas: 891.
Alevosía: 50 ss., 387, 405 ss., 616, 627.
Allanamiento: de domicilio de personas jurídicas: 275 ss.; de morada: 160, 270 ss., 389, 395 ss., 407, 419, 808, 847, 862 s.
Alteración: de alimentos de animales destinados al consumo humano: 650 s.; de la paternidad, estado o condición del menor: 303 ss.; de los precios naturales: 516 ss.; de precios en concursos y subastas públicas: 513 ss.; de términos o lindes: 419 s.; del

genotipo: 146 ss.; del orden público: 827, 886 ss.; del valor de uso: 379 s., 432, 475; grave de edificios singularmente protegidos: 570 s.
Alzamiento: de bienes: 313 ss., 439, 444 s., 455 ss., 460 ss., 740, 1021; público: 794 ss, 875 ss.
Amenazas: 48, 126, 161 ss., 176, 188, 212 ss., 230, 347, 353, 402 ss., 515, 769, 841, 955; a las Fuerzas Armadas: 811 ss.; al Jefe del Estado: 805.
Anidación: 36, 89 ss., 141.
Ánimo de lucro: 358, 375, 379, 389, 401, 404, 407, 434, 447, 495, 499, 523, 534, 544, 1017, 1020.
Animus iniuriandi: 287 ss., 815.
Apoderamiento: 259, 371, 373 ss., 378, 389, 401, 403 ss., 442, 505, 953; de materiales nucleares o elementos radiactivos: 611 ss.
Apología: del genocidio: 764 ss.; del terrorismo: 911 s.
Apropiación: 378, 537; de bien perdido: 451 ss.; de cosa recibida por error: 452; de las cantidades retenidas en el IRPF: 451, 1040; indebida: 440 ss., 1024; indebida de uso: 412, 454.
Armas: 118, 123, 127, 168, 190, 220, 406, 671, 780, 800, 809, 828, 881, 954, 1065; biológicas o exterminadoras: 148; fabricación, tráfico o establecimiento de depósito de: 898 ss.; tenencia ilícita de: 894 ss.
Arrebato u obcecación: 49, 220, 290.
Arrepentido: 678, 912 ss., 1013.
Arrepentimiento: 174, 387, 447, 449.
Arrogación: de atribuciones administrativas: 818 ss.; de atribuciones judiciales: 817 s.; de atribuciones legislativas: 816 s.
Asesinato: 50 ss., 66, 69, 178, 198, 616.
Asociaciones ilícitas: 830 ss.; concepto de: 832 ss.
Ataques: a la independencia judicial: 817 s.; a la inmunidad parlamentaria: 810; a la inviolabilidad parlamentaria: 809; a la libertad de los miembros de las Instituciones legislativas: 810; a la libertad sexual: 202 ss., 999 s.
Atentado: 877 ss.
Atentados: a zonas protegidas: 770 s.; al medio ambiente: genéricos: 582 ss.; otros: 589 ss.; genéricos a la integridad moral: 185 ss.
Atribución de títulos: 709 ss.
Autoridad: 969 ss.
Autorización de matrimonios ilegales: 303.

— B —

Banda armada: 835 ss., 900 ss.; colaboración con: 907 ss.
Bigamia: 300 ss.
Blanqueo de bienes: 540, 546 ss., 659, 677, 961.

— C —

Calumnia: 292 ss., 294 s., 806, 811, 812 ss., 872, 926 ss.
Casa habitada: 396 ss.
Caudales o efectos públicos: 1016 ss.
Celebración de matrimonios inválido: 302 s.
Certificados: 732; falsificación de: 746 ss.
Cesión ilegal de mano de obra: 348 s.
Chantaje: 166 s.
Ciclomotor: 43, 123, 412 ss., 681 ss., 687.
Circulación o entrega vigilada de drogas: 679 ss.
Cirugía transexual: 128 ss.
Cláusulas abusivas al contratar: 429.
Clonación: 150.
Coacción: a la huelga: 352 ss.; a la prostitución: 243, 247, 358.
Coacciones: 109, 155 ss., 188, 212 ss., 347, 353, 402 ss., 805, 954; electorales: 872.
Cobayismo: 132, 135.

Código: alimentario: 647; de comercio: 448, 461, 731; penal militar: 767, 778, 780, 790 ss., 801, 803, 877, 921, 949, 985.
Cohecho: 1003 ss.; activo: 1010 ss.; de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales: 1013 s.; electoral: 872; impropio: 1008 ss.; pasivo: 1005 ss.; propio: 1005 ss.
Colocación ilegal de escuchas telefónicas: 253 ss., 261 ss.
Comienzo de la vida dependiente: 89 ss.
Comisión por omisión: 38, 69, 72, 75, 111, 188, 197, 219, 221, 246, 333 ss., 346, 427, 476, 521, 530, 584, 606, 624, 646, 701, 736, 977, 983, 986, 1017.
Comisiones de investigación: 810.
Comiso: 551, 676 ss., 700, 1012, 1032.
Compensación patrimonial: 432.
Competencia desleal: 503 ss.
Comunidad Europea: 1041, 1052 ss.
Comunidades autónomas: 796, 807 ss., 868, 881, 907, 970.
Concierto previo: 395.
Condición: objetiva de penalidad o punibilidad: 68, 317, 462, 467, 521, 573, 584, 931, 943, 1041, 1049, 1052, 1058; objetiva de perseguibilidad o procedibilidad: 250, 318, 531, 929.
Conducción: bajo el efecto de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas: 688 ss.; temeraria: 691 s.; temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (conducción suicida): 692 ss.
Coniuctio membrorum: 217 ss.
Consentimiento: 46, 67 ss., 93 ss., 99, 144, 151, 159, 172, 262, 273, 287, 345, 351, 379, 495, 1017; del lesionado: 127 ss.; del paciente: 133 ss.
Conspiración: 48, 61, 110, 124, 174, 370, 395, 407, 409, 440, 452, 551, 678, 772, 782, 798, 805, 837, 877, 882, 915, 1004, 1032.
Contrabando: 569, 599, 668, 1059 ss.
Cooperación: al suicidio: 70 ss.; ejecutiva al suicidio: 74 ss.; en banda armada, organización o grupo terrorista: 907 ss.; en asociación ilícita: 837 ss.
Copropiedad: 378, 451.
Correspondencia: 259 ss., 731, 792, 866 ss., 890; con país enemigo: 786.
Corrupción de menores o incapaces: 246 ss.
Cosa: 377; ajena: 378; inmueble: 377; mueble: 377; propia: 480 ss., 631 ss., 1021.
Cosas: de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social: 437; de valor artístico, histórico cultural o científico: 385, 451, 481, 568 ss., 1018; destinadas al servicio público o de primera necesidad: 385.
Creación de: grave riesgo para la seguridad del tráfico: 700 ss.; seres clónicos: 150.
Cuestión prejudicial: 300, 418, 462, 498, 1045.
Curso legal: 716.

— D —

Daño: a elemento de espacio natural protegido: 592 ss.; emergente: 431; y perjuicio patrimonial: 474.
Daños: 474; al patrimonio histórico: 568 ss.; en cosa ajena: 474 ss.; en cosa propia: 480 ss.; en telecomunicaciones, vías férreas y suministros públicos: 890; imprudentes: 476 s., 573.
Declaración: de guerra: 782; de concurso: 467 ss.
Defensa nacional: 502, 789 ss.
Deformidad: 109, 120 ss.
Defraudación: 423 ss., 631, 1022; de denominación de origen o indicación geográfica: 501; de marcas y signos distintivos: 499 ss.; de obtenciones vegetales: 500 s.; de patente o modelo de utilidad y simi-

lares: 497 ss.; del fluido eléctrico y análogas: 452 ss.
Delito: complejo: 155, 176, 206, 275, 392, 401, 417; conexo: 542; continuado: 219, 227, 381 s., 396, 435 ss., 449, 512, 712, 718, 743, 1061, 1064; de consumación anticipada: 666, 798, 802; de convergencia: 797, 876, 888; de peligro: 324, 354 ss., 426, 510 ss., 533, 585, 602, 615, 619, 623, 651, 666, 691, 697, 701, 786; de propia mano: 218, 686, 695; de sospecha: 179, 800; especial: 242, 246, 266, 300, 337, 463, 520, 530, 539, 646, 848, 935, 939, 944, 972, 988, 990, 1021, 1039, 1050; masa: 435 ss.; permanente: 173, 275, 837, 897; político: 751.
Delitos: cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución: 823 ss.; cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales: 845 ss.; contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria y el deber de prestación del servicio militar: 843; contra el Derecho de Gentes: 756 ss.; contra el Estado: 749 ss.; contra el estado civil familiar: 299 ss.; contra el honor: 279 ss., 809 ss., 811 ss.; contra el libre ejercicio de derechos cívicos: 849 ss.; contra el orden público: 873 ss.; contra el orden público económico: 1033 ss.; contra el orden socioeconómico: 485 ss.; contra el patrimonio: 373 ss.; contra la Administración de Justicia: 917 ss.; contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional: 962 ss.; contra la Administración Pública: 965 ss.; contra la comunidad internacional: 753 ss.; contra la Constitución: 793 ss.; contra la Corona: 803 ss.; contra la división de poderes: 816 ss.; contra la fe pública: 703 ss.; contra la Hacienda Pública: 1034 ss.; contra la integridad moral: 183 ss.; contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio: 253 ss.; contra la inviolabilidad de la correspondencia: 866 ss.; contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad: 862 ss.; contra la libertad: 153 ss.; contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos: 838 ss.; contra la libertad de las partes, peritos y testigos en el proceso: 942 ss.; contra la libertad e indemnidad sexuales: 201 ss.; contra la libertad individual: 855 ss.; contra la libertad sindical y el derecho de huelga: 352 ss.; contra la salud e integridad corporal: 103 ss.; contra la salud pública: 633 ss.; contra la seguridad colectiva: 601 ss.; contra la seguridad e higiene en el trabajo: 354 ss.; contra la seguridad del tráfico: 681 ss.; contra la Seguridad social: 1055 ss.; contra la sociedad: 553 ss.; contra la vida: 33 ss.; contra la vida humana dependiente: 81 ss.; contra la vida humana independiente: 33 ss.; contra la vida, salud e integridad física de los Jefes de Estado extranjeros: 757 ss.; contra la vida, salud e integridad física de los miembros de la Corona: 803 ss.; contra las Instituciones del Estado: 807 ss.; contra las libertades de expresión, reunión y asociación: 851 ss.; contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado: 766 ss.; contra las relaciones familiares: 297 ss.; contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: 356 ss.; contra los derechos de los trabajadores: 341 ss.; contra los derechos y deberes familiares: 309 ss.; contra los recursos naturales y el medio ambiente: 582 ss.; contra los valores de la personalidad: 31 ss.; contra los valores patrimoniales y socioeconómicos: 361 ss.; contra los valores sociales supraestatales: 555 ss.; de aborto: 89 ss.; de abusos sexuales: 222 ss.; de acoso sexual: 229 ss.; de acusación y denuncia falsas: 926 ss.; de agresiones sexuales: 211 ss.; de alteración de precios en concurso y subasta pública: 514 ss.; de allanamiento de domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público: 275 ss.; de allanamiento de morada: 270 ss.; de amenazas: 161 ss.; de apoderamiento: 375 ss.; de apropiación indebida: 440 ss., 1024; de asesinato: 50 ss.; de atentado y resistencia grave: 877 ss.; de calumnia: 292 ss.; de coacciones: 155 ss.; de cohecho: 1003 ss.; de colaboración con banda armada: 907 ss.; de contrabando: 1059 ss.; de daños: 474 ss.; de defraudaciones: 421 ss.; de defraudaciones del fluido eléctrico y análogas: 452 ss.; de descubrimiento y revelación de secretos: 253 ss.; de descubrimiento y revelación de secretos de empresa: 503 ss.; de desobediencia y denegación de auxilio: 992 ss.; de desobediencia y resistencia: 882 ss.; de desórdenes públicos: 885 ss.; de detenciones ilegales y secuestros: 168 ss.; de discriminación: 823 ss.; de discriminación laboral: 351 ss.; de encubrimiento: 959 ss.; de estafa: 424 ss.; de estragos: 614 ss.; de exhibicionismo y provocación sexual: 234 ss.; de extorsión: 407 ss.; de falsificación de: certificados: 746 ss.; despachos transmitidos por servicios de telecomunicación: 745 ss.; documentos privados: 743 ss.; documentos públicos, oficiales y mercantiles: 733 ss.; moneda: 713 ss.; sellos de correos y efectos timbrados: 721 ss.; de falso testimonio: 933 ss.; de fraudes y exacciones ilegales: 1022 ss.; de genocidio: 758 ss.; de homicidio: 33 ss.; de hurto: 376 ss.; de incendios: 622 ss.; de infidelidad en la custodia de documentos: 980 ss.; de injuria: 285 ss., 294 s., 806, 809, 811, 812 ss.; de insolvencias punibles: 457 ss.; de lesa humanidad: 765 ss.; de lesiones: 110 ss.; de lesiones al feto: 140 ss.; de malversación de caudales públicos: 1014 ss.; de matrimonios ilegales: 300 ss.; de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos: 1024 ss.; de obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional: 941 ss.; de omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución: 955 ss.; de omisión del deber de socorro: 330 ss.; de prevaricación de los funcionarios y otros comportamientos injustos: 975 ss.; de prevaricación judicial: 921 ss.; de quebrantamiento de condena: 949 ss.; de quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio: 324 ss.; de realización arbitraria del propio derecho: 953 ss.; de rebelión: 794 ss.; de receptación y otras conductas afines: 540 ss.; de riesgo catastrófico: 603 ss.; de robo: 389 ss.; de robo y hurto de uso de vehículos: 411 ss.; de sedición: 875 ss.; de simulación de delito: 930 ss.; de suposición de parto y de alteración de la paternidad, estado o condición del menor: 303 ss.; de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural: 480; de sustracción de menores: 327 ss.; de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos: 893 ss.; de terrorismo: 900 ss.; de torturas: 191 ss.; de tráfico de drogas: 655 ss.; de tráfico de influencias: 1026 ss.; de traición: 778 ss.; de ultrajes a España: 867 ss.; de usurpación: 416 ss.; de usurpación de funciones públicas y de intrusismo: 707 ss.; de usurpación del estado civil: 307; de violación: 216 ss.; de violación de secretos y uso indebido de información privilegiada: 984 ss.; electorales: 869 ss.; patrimoniales de enriquecimiento: 375 ss.; patrimoniales

sin enriquecimiento: 473 ss.; que comprometen la paz o la independencia del Estado: 782 ss.; relativos a la defensa nacional: 789 ss.; relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes: 603 ss.; relativos a la manipulación genética: 144 ss.; relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente: 557 ss.; relativos a la propiedad intelectual e industrial: 488 ss.; relativos a la prostitución y a la corrupción de menores: 240 ss.; relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos: 594 ss.; relativos al concurso: 467 ss.; relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas: 821 ss.; relativos al mercado y los consumidores: 502 ss.; sobre materias cuya ingestión o uso produce daños en la salud: 636 ss.; societarios: 525 ss.
Denegación: de auxilio: 992 ss., 996 s.; a la autoridad: 996; a un particular: 996 s.; y abandono de asistencia sanitaria: 337 ss.; y abandono injustificado de las funciones electorales: 871 ss.; y retardo malicioso en la Administración de Justicia: 923 ss.
Depósito: de armas o municiones: 898 ss.; miserable o necesario: 449.
Derecho: a la huelga: 338, 352 ss., 998; a la intimidad: 253 ss., 862 ss., 884; de crédito: 457 ss.; de retención: 448; de uso: 412.
Derechos: de los consumidores: 425, 497, 502 ss.; reales: 364 ss., 417.
Derrotismo: 788.
Desabastecimiento de materias primas: 507, 508 ss.
Descubrimiento: de claves: 390, 392, 982; del secreto informático: 262 s.; y revelación de secretos: 253 ss., 503 ss., 789 ss., 984 ss.
Desistimiento: 49, 123 s., 168, 218, 447 ss., 624, 627, 630, 697, 699, 802, 877, 932, 1044 ss.
Deslucimiento: 477.
Desobediencia: 810; y denegación de auxilio: 992 ss.; y resistencia: 882 ss.
Desórdenes: en las Corporaciones locales: 812; públicos: 885 ss.; públicos electorales: 872.
Detenciones: ilegales: 168 ss., 805, 856 ss.
Deudor: 457 ss., 1042.
Difusión: de material pornográfico: 238 ss.
Discriminación: 193 ss., 823 ss., 832 ss.; en servicios públicos: 825 ss.; laboral: 351 ss.; profesional o empresarial: 826 ss.
Disponibilidad: 380, 393, 395, 404, 545, 895, 1016.
Disposición patrimonial: en la estafa: 429 ss.
Distracción: de caudales públicos: 1018 ss.; de efectos o valores: 445; del curso de las aguas: 420.
Doble venta: 440.
Documento: anónimo: 728; clases de: 730 ss.; concepto de: 725 ss.; informático: 726; mercantil: 731 s.; privado: 732; público: 730 s.; social: 532 ss.
Dolo: eventual en el asesinato: 59.
Dolus generalis: 42.
Droga tóxica: 660 ss.

— E —

Efecto timbrado: 721 ss.
Elementos radiactivos: 603 ss.
Elementos terroristas: 832, 835 ss., 900 ss.
Emigración: 349 ss., 356 ss.
Enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo: 911 ss.
Encubrimiento: 959 ss.
Enemigo: 778 ss.
Engaño: 227, 426 ss.
Enriquecimiento injusto: 375.
Ensañamiento: 50, 54 ss., 118 s., 198, 599.
Entrada ilegal: 863 ss.

Entrega: indebida de causa criminal o persona del detenido: 856; vigilada de drogas: 679 s.
Envenenamiento: 54, 478, 598, 651.
Error: 428 s.; de prohibición: 47, 97, 101, 158, 173, 175, 274, 388, 447, 666, 709, 712, 798, 881, 884, 897, 995, 1021, 1043, 1051; de tipo: 144, 274, 313, 321, 364, 570, 572, 612, 613, 642, 829, 848, 864, 897, 1043, 1051, 1059.
Escalamiento: 390 s.
Escuchas telefónicas: 261 ss., 867.
Espacio natural protegido: 592 s., 594, 600, 629.
Especie en peligro de extinción: 597.
Espionaje: 781; industrial: 503 ss.
Establecimiento de depósitos o vertederos: 589 s.
Estado civil familiar: 297 ss.
Estado de necesidad: 76 ss., 92 ss., 128, 131, 152, 158 s., 172 s., 268, 274, 288, 318, 333, 388, 702, 837, 861, 880, 883, 896, 910, 932, 938, 951, 955, 986, 995.
Estafa: 421 ss., 1024; de hospedaje: 428; en triángulo: 430; informática: 426; inmobiliaria: 439 s.; procesal: 430, 438, 745, 920.
Esterilización: 120, 128, 758 ss.; de deficientes psíquicos: 130 ss.
Estragos: 614 ss., 619, 636, 800, 905.
Estupefacientes: 660 ss.
Eutanasia: 75 ss.
Evasión: 949.
Exacciones ilegales: 1022 ss.
Exceptio veritatis: 291 ss., 812 ss.
Excesos cometidos por funcionarios de prisiones: 860 ss.
Excusa absolutoria: 97 s., 167, 303, 329, 370, 630, 1012, 1044, 1047, 1052, 1059.
Exhibición: de material pornográfico: 238 ss.; obscena: 208, 236 ss.
Exhibicionismo: 208, 212, 234 ss.
Expendición: de moneda falsa: 718; o despacho de medicamentos deteriorados: 639 ss.
Explosivo: 598, 614 ss., 619, 828, 891, 893 ss., 905, 1061, 1065.
Expropiación ilegal: 853 ss.
Extorsión: 407 ss.

— F —

Facturación falsa: 507, 512 ss.
Falseamiento de documentos sociales: 532 ss.
Falsedad: 703 ss.; ideológica: 706, 735; material: 706, 735.
Falsedades personales: 707 ss.
Falsificación: concepto de: 725 ss.; de certificados: 746 ss.; de despachos transmitidos por los servicios de telecomunicación: 745 s.; de documentos privados: 743 ss.; de documentos públicos, oficiales y mercantiles: por autoridad o funcionario público: 733 ss.; por particular: 738 ss.; de moneda: 713 ss.; de sellos de correos y efectos timbrados: 721 ss.; documental: 733 ss.
Falso testimonio: 933 ss.
Faltas: contra los intereses generales: 652 s.; de estafa: 436; de hurto: 382 ss.; de lesiones: 113 ss., 116 ss., 123; relativas al cuidado de menores o incapaces: 321.
Favorecimiento: de acreedores: 466, 470; de evasión: 952; de inmigración: 349 ss., 356 ss.; del enemigo: 780 ss.; o ayuda a la rebelión: 801 ss.
Fecundación: asistida: 151 s.; con fines distintos a la procreación: 148 ss.
Feto: 81 ss., 137 ss.
Flora y fauna: 594 ss.
Fractura: de muebles objetos cerrados o sus cerraduras: 390, 392 s.; de puerta o ventana: 390, 392; exterior: 392; interna: 392.
Fraude: a los presupuestos generales de la Comunidad Europea: 1052 ss.; alimentario: 645 ss.; de subvenciones: 1047 ss.; informático: 426; fiscal: 1039 ss.

Fraudes y exacciones ilegales: 1022 ss.
Fuerza en las cosas: 390 ss.
Fuga del lugar del accidente: 335 ss.
Función social de la propiedad: 480.
Funcionario: concepto de: 969 ss.; de hecho: 971; público: 969 ss.
Furtum possesionis: 388 ss.

— G —

Genética: 144 ss.
Genocidio: 758 ss.; biológico: 763; físico: 763; político: 762 ss.
Genotipo: 146 ss.
Genuidad: 706, 733, 735.

— H —

Habeas corpus: 855, 859.
Hábitat: 595, 597.
Hacienda pública: 1034 ss.
Homicidio: 37 ss., 58; por imprudencia: 42 ss.; preterintencional: 44 ss.
Honor: 279 ss.; objetivo: 282; subjetivo: 282.
Huelga: 338, 352 ss., 998; de hambre: 72 ss., 132, 159 s., 184.
Hurto: 376 ss.; de uso: 412 ss.; famélico: 388.
Hurtos agravados: 383 ss.

— I —

Impago: de la cuota obrera a la Seguridad Social: 450, 1057 ss.; de prestaciones acordadas judicialmente: 313 ss.
Imposición: de acuerdos abusivos o lesivos: 534 ss.; y mantenimiento de condiciones ilegales de trabajo o de Seguridad Social: 347 s.
Imprudencia: 42 ss., 100 ss., 122 ss., 143, 147, 305, 335 ss., 355, 477, 549, 573, 586, 590, 593, 607, 610 s., 615, 632, 637, 641, 644, 647, 652, 737, 772, 791, 859, 870, 924, 946, 973, 989.
Imputación objetiva: 40, 43 s.
Incendios: 594, 622 ss.; en bienes propios: 631 s.; en zonas de vegetación no forestal: 630; forestales: 627 ss.
Incesto: 222, 226.
Incomparecencia: 943 s., 810.
Incumplimiento: de deberes asistenciales: 246, 311 ss.; de las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia de los medicamentos: 641 ss.
Indemnidad o intangibilidad sexual: 201 ss., 206 ss.
Inducción: a la guerra: 779 ss.; a la prostitución: 241 ss.; al suicidio: 68 ss.; de menores al abandono de domicilio: 326 s.
Infanticidio: 53, 297.
Infidelidad: en la custodia de documentos: 256, 728, 792, 866, 944, 980 ss.
Información: clasificada: 781, 791; privilegiada: 516, 517 ss., 984 ss.
Informática: 262 ss., 426, 476, 505, 522 ss., 726, 982.
Ingeniería genética: 144 ss.
Injerencias: en atribuciones administrativas: 818 s.; en caso de conflicto de competencias: 819; en las funciones judiciales: 817 s.
Injurias: 285 ss., 294 s., 806, 809, 811, 812 ss.; discriminatorias: 824 ss.
Inmigración clandestina: 349 ss., 356 ss.
Insolvencias punibles: 315, 457 ss.
Integridad: corporal: 103 ss., 137 ss.; moral: 181 ss.
Inteligencia con el extranjero: 788.
Interceptación de comunicaciones: 261 ss., 866 ss.
Intimidación: 153 ss., 156, 161 ss., 212 ss., 230, 243, 247, 273, 276, 322, 347, 353, 358, 388, 389, 407, 415, 417, 612, 805, 808, 810 s., 841, 872, 879, 942, 950, 952 s.; en el robo: 400 ss.; implícita: 387, 403, 865, 1028.
Intimidad: 253 ss., 805, 862 ss.
Intrusismo: 709 ss.

Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda: 390, 394.
Inviolabilidad: 758, 770, 804, 809, 815; de domicilio: 270 ss., 862 ss.

— L —

Legítima defensa: 46, 190, 288, 861, 880, 883, 896, 955.
Lesiones: 103 ss.; al feto: 140 ss.; causadas en el deporte: 131 ss.; preterintencionales: 122 s.; psíquicas: 111 ss.
Letra: de cambio: 437 s., 731.
Leyes penales en blanco: ver norma penal en blanco.
Libertad: ambulatoria: 168 ss.; de conciencia: 838 ss.; de expresión: 239, 279 ss., 764, 812 ss., 851 ss., 868; sexual: 201 ss.
Libre concurrencia: 514 ss.
Liquidación de cuentas pendientes: 448.
Llaves falsas: 390, 393 s.
Lucro cesante: 369, 386.

— M —

Malversación: de caudales públicos: 443, 911, 1014 ss.; impropia: 1020 ss.; propia: 1015 ss.
Manipulación: de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas: 619 ss.; de organismos: 620; genética: 144 ss.
Maquinaciones para alterar el precio de las cosas: 513, 516 s.
Matrimonios ilegales: 300 ss.
Medicamentos: 639 ss.
Medio ambiente: 575 ss.
Mendicidad de menores: 322 ss.
Migraciones fraudulentas: 349 ss., 356 ss.
Moneda: concepto penal de: 715 s.
Moneda falsa: alteración o fabricación de: 717 s.; expendición de: 718 s.; introducción o exportación de: 718; tenencia de: 719.
Morada: 272.
Moral sexual: 210.
Munición: 898 ss.
Mutilación: 109, 120 ss.

— N —

Negar haber recibido las cosas: en la apropiación indebida: 446.
Negociaciones prohibidas a los funcionarios: 1024 ss.
Negocio con causa ilícita: 433.
Nocividad: 583, 636 ss., 641 ss., 645 ss.
Nombramientos ilegales: 979 s.
Norma penal en blanco: 312, 356, 563, 584, 594, 619, 621, 638, 646, 650, 848, 853, 856, 862, 871, 896, 986, 1049, 1062.

— O —

Obediencia debida: 679, 774, 798, 986.
Obstaculización: al ejercicio de los derechos de los socios: 535 s.; de tareas de inspección o supervisión: 536 s.; del derecho a la asistencia de abogado: 851; del derecho de reunión: 830.
Obstrucción a la Justicia: 941 ss.
Obstruccionismo fiscal: 1038, 1046 ss.
Ocultación o entrega de un hijo: 304 s.
Ocupación: pacífica: 418 s.; violenta: 417 s.
Ofensas al sentimiento religioso: 838 ss.
Omisión: de asistencia sanitaria: 337 ss.; de auxilio a menores e incapaces abandonados: 321; de petición de socorro: 334; de socorro a víctima de accidente: 335 ss.; de socorro personal: 331 ss.; del deber de impedir determinados delitos: 955 ss.; del deber de llevar libros de comercio: 1046 ss.; del deber de perseguir determinados delitos: 997 s.; del deber de promover la persecución de deli-

to: 958 s., 998; del deber de socorro: 329 ss.
Orden: público económico: 1033 ss.; socioeconómico: 364 ss., 483 ss.
Ordenación del territorio: 560 ss.
Organizaciones terroristas: 832, 835 ss., 900 ss.
Otorgamiento: de contrato simulado: 439.

— P —

Pacta sunt servanda: 457.
Parricidio: 50, 297.
Participación: en la prostitución de un menor o incapaz: 242; en riña: 124 s.; intentada: ver conspiración, provocación y proposición.
Patria potestad: 120 s., 125 ss., 187 ss., 246, 250, 306, 311 ss., 322, 324, 328.
Patrimonio: 363 ss.; clasificación de los delitos contra el: 370 s.; concepto y contenido: 366 ss.; histórico: 568 ss.
Paz: 782 ss.
Peligro: abstracto: 322, 426, 523, 617, 651, 786, 894; concreto: 320, 615, 618 s., 621, 638, 691, 694, 698, 701; hipotético: 509, 511, 585, 602, 649, 651. Ver también delito de peligro.
Penetración: 212, 216 ss.
Perdón del ofendido: 251, 265, 294.
Perjuicio: 386; en la estafa: 431 ss.
Pertenencia: a banda armada organización o grupo terrorista: 835 ss.; a organización dedicada al blanqueo de bienes: 550; a organización dedicada al tráfico de drogas: 669, 672.
Perturbación: de actos religiosos: 842; del orden de las sesiones de las Instituciones legislativas: 809.
Pilotos suicidas: 692 ss.
Piquetes de extensión de huelga: 352 ss.
Piratería: 756.
Plagio: 492 ss.
Polizonaje: 431.
Pornografía: 238 ss., 243 ss.
Posesión: 364, 367 ss., 376, 388, 390, 444; de material pornográfico: 244 ss.; de materiales radiactivos: 612. Ver también tenencia.
Precio, recompensa o promesa: 50, 54 ss., 129, 135, 294.
Premeditación: 54.
Presentación de datos falsos: 471.
Presupuestos de la Comunidad Europea: 1052 ss.
Preterintencionalidad: 44 ss., 122.
Prevalimiento: 119, 199, 225 ss., 229 ss., 249, 734, 739, 968, 999, 1028.
Prevaricación: de funcionarios: 566 ss., 571, 590 ss., 975 ss.; judicial: 921 ss.
Principio: de culpabilidad: 40, 122, 627; de intervención mínima: 236, 245, 298, 427, 560, 584, 635, 853, 976; de presunción de inocencia: 192, 887; ne bis in idem: 189 s., 198, 383, 676, 974, 1065.
Prisión por deudas: 315 s., 460.
Privación de sentido: 209, 224.
Privilegio del educador: 240.
Producto semiconductor: 498 s.
Profanación: de cadáveres: 842 s.; y escarnio: 842.
Propaganda electoral ilegal: 871.
Propágulos: 595.
Propiedad: 364, 367 ss., 376 s., 389, 442, 444, 476, 853; industrial: 488, 496 ss.; intelectual: 488, 491 ss.
Proposición: 48, 61, 110, 124, 174, 370, 395, 407, 409, 440, 452, 551, 678, 772, 782, 798, 805, 837, 877, 882, 915, 1004, 1032.
Proselitismo ilegal: 841.
Prostitución: 240 ss.; de menores de edad o incapaces: 241 ss.; de mayores de dieciocho años: 247 ss.
Provocación: 48, 61, 110, 124, 174, 370, 395, 407, 409, 440, 452, 551, 678, 772, 782, 798, 805, 837, 877, 882, 912, 915, 1004, 1032; a la discriminación: 824 ss.; sexual: 234 ss.
Proxenetismo: 248 s.
Prueba de alcoholemia: negativa a someterse a: 701 s.
Publicidad fraudulenta: 507, 509 ss.

— Q —

Quebrantamiento: de condena o detención: 949 ss.; de los deberes de custodia: 324 ss.; de los medios puestos para impedir el acceso a documentos: 982; del secreto profesional: 265 ss.

— R —

Radiaciones ionizantes: 582, 603 ss.
Realización arbitraria del propio derecho: 953 ss.
Rebelión: 794 ss.; propia: 796 ss.
Receptación: 540, 542 ss.; de delitos: 543 ss.; de faltas: 544 ss.; sustitutiva: 543.
Reciprocidad: 756.
Recluta ilegal: 785 s.
Registro ilegal: 403, 864 s.
Regularización fiscal: 1044 ss.
Reincidencia internacional: 249, 678, 715 s., 914.
Relación: de causalidad: 39 ss., 101, 142, 157, 214, 426, 585, 610, 645, 648; jurídica obligacional: 458, 462 ss.
Represalias y otros actos de hostilidad: 771.
Reproducción: asistida: 145 ss.; sin consentimiento de la mujer: 151 s.
Reputación social: 282 ss.
Resistencia: 877 ss., 882 ss.
Restitución: 414 s.; directa: 414; indirecta: 414.
Retorsión: 288, 290.
Retractación: 290, 932, 939.
Reuniones o manifestaciones ilícitas: 827 ss.
Revelación de secretos: 253 ss., 503 ss., 789 ss., 984 ss.
Rigor innecesario: 860 ss.
Riña: 124 s.
Robo: 389 ss.; con fuerza en las cosas: 390 ss.; con violencia o intimidación: 400 ss., 408.
Robo y hurto de uso de vehículo: 412 ss.
Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana: 390, 392.

— S —

Sabotaje informático: 476.
Salida ilegal del territorio nacional: 786 s.
Salud: 103 ss., 140 ss.; pública: 633 ss.
Secreto: 256 ss., 789 ss., 984 ss.; de empresa: 503 ss.; documental: 259 ss.; industrial: 270, 503 ss.; informático: 262 ss.; médico: 267 ss.; oficial: 781, 789 ss., 984 ss.; periodístico: 269 s.; profesional: 265 ss.
Secuestro: 168 ss., 175 ss.
Sedición: 875 ss.
Seducción de tropas: 801.
Seguridad: en el tráfico jurídico fiduciario: 704; social: 1055 ss.
Sentimiento religioso: 838 ss.
Servidor de la posesión: 443.
Simulación de delito: 930 ss.
Situación económica de la víctima: 387.
Soberanía: 714, 777, 787 ss.
Societas delinquere non potest: 293, 927.
Solución: de las indicaciones: 92 ss.; del plazo: 91.
Subastas: 513, 514 ss.; privadas: 515; públicas: 515.
Subvenciones: 550, 669, 911, 1025, 1047 ss.
Suicidio: 63 ss., 102, 158, 332.
Suposición de parto: 303 s.
Sustancias: nocivas para la salud o productos químicos que pueden causar estragos: 636 ss.; psicotrópicas: 660 ss.
Sustitución: de un medicamento por otro: 642 ss.; de un niño por otro: 305.
Sustracción: de cosa propia a su utilidad social o cultural: 480 s.; destrucción,

inutilización u ocultación de documentos: 981 ss.

— T —

Tarjetas magnéticas: 393 ss.
Tenencia: de drogas para el consumo: 665; de explosivos: 899 ss.; de moneda falsa: 719; ilícita de armas: 894 ss. Ver también posesión.
Terrorismo: 900 ss.; concepto de: 904 ss.
Test de alcoholemia: 689, 701 ss.
Tirón: 402, 407.
Título: académico: 710; oficial: 710.
Tortura: 41, 55, 191 ss., 758, 762, 766, 767, 768 s.
Tráfico: de drogas: 655 ss.; de especies de flora y fauna: 595 ss.; de influencias: 1026 ss.; de menores: 306 ss.; de precursores: 674 ss.; fiduciario: 703 ss.; ilegal de mano de obra: 348 ss.
Traición: 778 ss.
Transporte: de material inflamable, explosivo o tóxico: 619 ss.; de organismos: 620; posesión o tráfico de materiales radiactivos o sustancias nucleares: 611 ss.
Trasplante de órganos: 37, 128 ss., 843.
Tratamiento: médico: 133 ss.; médico coactivo: 159.
Tratos degradantes: 185 ss.

— U —

Ultrajes a España: 867 ss.
Universitas iuris: 369.
Uso: de armas u otros medios peligrosos: 47, 406 ss., 669, 954; de documentos privados falsos: 744 s.; de documentos públicos, oficiales o mercantiles falsos: 742 ss.; de llaves falsas: 390, 393 s.; indebido de secreto o de información privilegiada: 516, 517 ss., 984 ss.; indebido de títulos, trajes y condecoraciones: 712 s.
Usurpación: 371, 416 ss.; de funciones públicas: 707 ss.; de patentes, modelos y dibujos: 497 ss.; del estado civil: 307 ss.
Utilización: abusiva de una tarjeta de crédito: 430; de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos: 243 ss.; de menores o incapaces para la mendicidad: 322 ss.; ilegítima de vehículos de motor: 412 ss.; indebida de terminal de comunicaciones: 454.

— V —

Vehículo a motor: 43, 123, 412 ss., 681 ss., 687.
Vejación injusta: 57, 126, 185 ss., 865.
Veneno: 54, 478, 598, 616.
Venta de niños: 303 ss.
Veracidad: 279 ss., 706, 735, 740, 812 ss.
Vía pública: 652, 687, 700, 828, 886.
Vida humana: dependiente: 81 ss.; independiente: 33 ss.
Violación: 216 ss.; de la inmunidad del Jefe del Estado extranjero o representantes de otra potencia: 758 ss.; de secreto: 253 ss., 503 ss., 789 ss., 984 ss.; de sepulturas: 842 s.; de tregua o armisticio: 785.
Violencia: contra personas vinculadas al agresor: 125 ss., 187 ss.; en el robo: 402 ss.
Votación indebida: 871.

— X —

Xenofobia: ver discriminación.

— Y —

Yacimientos arqueológicos: 568 ss., 571, 573.

b16375350x
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

www.tirantonline.com®

Novedades
Índice de Normas
Procesal
Civil
Índice sistemático
Mercantil
Financiero
Público
Laboral
Penal
Tributario
Doctrina
Formularios
Jurisprudencia
Legislación
Bibliografía
Índice analítico

La información jurídica en internet más interactiva, completa y eficaz

Las posibilidades de navegación, búsqueda y la adaptación completa a sus necesidades, ofertándole todos los tipos de documentos que le interesen, hacen de Tirant on line una propuesta útil, completa, divertida y fácil de utilizar. Desarrollada por más de 100 juristas, todos ellos de reconocido prestigio.

¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:
teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28
un número de fax: 96 369 41 51
una dirección de correo electrónico:
atencionalcliente@tirant.com
o directamente en www.tirantonline.com