

# Algunos aspectos de los delitos previstos en el artículo 325 bis del Código penal (\*)

ARACELI MANJON-CABEZA OLMEDA

Profesor Titular Interino de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

## I. INTRODUCCION

El artículo 325 bis se introduce en el Código penal en el título IV, relativo a los delitos contra la Administración de Justicia, por la Ley de Reforma Urgente y Parcial del 25 de junio de 1983. Sorprende la ubicación sistemática que, dentro del título, recibe el artículo de referencia, ya que se incluye en el capítulo I, dedicado a la acusación y denuncia falsas, que con anterioridad a la reforma de 1983 sólo recogía el artículo 325 referido al delito que daba nombre al capítulo.

Las figuras delictivas nuevas, pues en realidad son dos distintas, nada tienen que ver con la acusación y denuncia falsas, salvo el que afectan a la Administración de Justicia; pero por lo demás se refieren los dos preceptos, el 325 y el 325 bis, a la protección de otros bienes jurídicos distintos (1) y tienen estructuras típicas perfectamente dife-

---

(\*) El presente trabajo no pretende ser un tratamiento exhaustivo de los tipos contenidos en el artículo 325 bis del Código penal, limitándose al análisis de algunos aspectos parciales.

(1) En el párrafo 1 del artículo 325 bis se protege la Administración de Justicia, puesto que se pretenden evitar las conductas que supongan una intervención no libre de testigos, peritos, etc.; pero de forma, aunque sea mediata, también se está protegiendo la libertad de obrar de dichos sujetos. En cambio, en el párrafo 2 es más que dudoso que el objeto de protección siga siendo la Administración de Justicia y, sin embargo, es claro que se protegen otros bienes jurídicos, concretamente la vida, la integridad, la libertad, la seguridad y los bienes de las personas aludidas en el párrafo anterior. Luego el artículo 325 bis ni siempre, ni sólo protege la Administración de Justicia. Por lo que se refiere a la acusación y a la denuncia falsas, algunos autores han señalado que se protege, junto a la Administración de Justicia, el honor del falsamente denunciado o acusado (MUÑOZ CONDE, F., «DPPE», 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 655. Y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «DPEPE», 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 970). Otros han afirmado incluso que «...el fundamento del delito ha de encontrarse en la *lesión del honor*, que, desde luego, prevalece en este caso sobre las perturbaciones procedimentales que pudieran producirse» (COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S., y otros, «DPPE», vol. I, Valencia, 1987, p. 285). Argumentos en contra del carácter pluriofensivo del delito del artículo 325 pueden verse en MAGALDI, M. J., y GARCÍA ARÁN, M.: *Los delitos contra la Administración de Justicia en la reforma penal*, en «Docu-

renciadas (2), lo cual justificaría su mejor tratamiento en capítulos distintos, con rúbricas que hiciesen referencia, en cada caso, al verdadero contenido de los preceptos. En el Proyecto del Código penal de 1980 se recoge un precepto casi idéntico, en el artículo 512, del que el artículo 325 bis es prácticamente una reproducción (3). Este artículo 512 se sitúa en un capítulo que lleva por título «De la obstrucción a la Justicia y de la realización arbitraria del propio derecho» y que contiene tres preceptos: los dos primeros relativos a la obstrucción a la Justicia y el tercero a la realización arbitraria del propio derecho (4). Más correcta parece la técnica utilizada por la PANCP de 1983, que recoge en el capítulo VI, «De la obstrucción a la Justicia», tres preceptos, siendo el segundo de ellos, el 436, el relativo a los delitos objeto de estudio. Este artículo 436 reproduce casi literalmente los términos del artículo 512 del Proyecto del Código penal de 1980 (5).

Sobre la necesidad de incluir el artículo 325 bis en el Código penal, la doctrina no es unánime, siendo necesario distinguir en este punto entre el delito del párrafo 1 y el del párrafo 2. En el primero se castigan las conductas violentas o intimidatorias realizadas sobre testigos, denunciadores, etc., con la finalidad de que modifiquen su actuación procesal. Como ha señalado Muñoz Conde, se trata de atentados genéricos a la libertad ya punibles conforme a las figuras de coacción o amenaza, por lo que el único sentido de la nueva tipifi-

---

mentación Jurídica», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pp. 417 y ss. Y más ampliamente en MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: *Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa*, en «ADP», 1987, pp. 37 y ss. Pone de manifiesto esta autora que el delito del artículo 325 no es pluriofensivo puesto que los móviles personales que pueda perseguir el autor son ajenos a la estructura típica y, en su caso, pueden dar lugar a un concurso de infracciones.

(2) En este sentido ver MAGALDI y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 416. Y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Coacción o represalia a denunciante, perito, intérprete o testigo*, en «Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código penal de 1983», t. V, vol. 2, Madrid, 1985, p. 721.

(3) Hay una importante diferencia por lo que se refiere a la regla concursal del párrafo 2 que produce oscuridad y dudas en el actual artículo 325 bis; a ello me referiré más adelante.

(4) LUZÓN PEÑA señala que no se entiende bien por qué se coloca en el mismo capítulo la obstrucción a la Justicia y la realización arbitraria del propio derecho, pues estas figuras no guardan relación entre sí, ya que la primera incide en el proceso, mientras que la segunda afecta a la fase preprocesal, en la medida en que se prescinde de la actuación de la Justicia (*Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Libro homenaje al Profesor Antón Oneca», Salamanca, 1982, p. 779).

(5) Las diferencias entre los artículos 512 del PCP y 436 de la PANCP son dos: 1) la pena, en el artículo 512 es de 6 meses a un año de prisión o multa de 6 a 24 meses, mientras que en el artículo 436 es de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 24 meses; 2) el artículo 512, en su párrafo 2, se refiere a cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad y *seguridad*, mientras que el artículo 436.2 habla de cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad o *indemnidad sexual* o bienes. Es decir, se sustituyen los actos contra la seguridad por los actos contra la indemnidad sexual.

cación es la agravación de la pena (6). En cambio Magaldi y García Arán creen «...necesaria y correcta la incriminación de tales conductas, porque la libertad de los intervinientes en un proceso es presupuesto ineludible del principio de contradicción y de la validez del proceso». Lo que justifica, a juicio de estas autoras, el que el legislador adelante las barreras penales construyendo el tipo del artículo 325 bis como delito de peligro (7).

Lo que parece evidente es que las conductas de violencia e intimidación recogidas en el párrafo 1 del nuevo artículo 325 bis eran ya típicas conforme a las figuras de amenaza imponiendo condición, cuando se trataba de intimidación, y de coacciones, cuando se emplea la violencia; lo que ocurre es que las penas de estos delitos son menores que las del artículo 325 bis, debiendo tenerse en cuenta que para aplicar la superior pena del nuevo precepto basta con el intento, es decir, la consumación no requiere la producción del resultado, cual ocurre con las amenazas condicionales y con las coacciones. A estas diferencias de penas nos referiremos más adelante.

- En relación al párrafo 2, que castiga las represalias que se puedan tomar contra los que ya han intervenido en un procedimiento por su actuación en el mismo, se preconiza su desaparición, por lo que tiene de innecesario y porque crea más problemas de los que pretende solucionar, dada la incomprensible regla concursal que tiene en su último inciso. Este aspecto será objeto de tratamiento especial.

## II. EL TIPO DEL PARRAFO PRIMERO DEL ARTICULO 325 BIS

### 1. La relación con los tipos de amenazas condicionales y coacciones

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis tiene un evidente paralelismo con los delitos de amenazas condicionales y coacciones, ya que la conducta descrita en el nuevo tipo consiste en el

(6) «DPPE», *ob. cit.*, p. 667. De la misma opinión es QUINTERO OLIVARES en relación al artículo 512 del PCP de 1980, pues entiende que estas conductas «...de no existir este tipo, serían igualmente punibles. El tipo especial indica una voluntad legal de diferenciar agravatoriamente el ámbito práctico en que el hecho se produce creando un delito que entrara en concurso con el que en todo caso constituya» (*Los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1980, núm. extraordinario, p. 200). También refiriéndose al artículo 512 del PCP ha señalado LUZÓN que el sentido de la figura está en la mayor pena que se aplica, puesto que tratándose en realidad de una tentativa de coacciones, merece pena superior a la de la genérica tentativa de coacciones (art. 192). Pero señala este autor que cuando se trata de una coacción consumada «...entonces de pronto el tipo especial se convertiría absurdamente en tipo privilegiado, ya que no podría llegar a imponer nunca la pena de prisión de tres años que permiten las coacciones genéricas» (*Consideraciones...*, *ob. cit.*, p. 797). Como veremos, este absurdo efecto privilegiador no se produce en el actual Código penal, dado el mayor marco penal del artículo 325 bis con respecto a las coacciones y amenazas.

(7) *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 429.

ejercicio de la intimidación o violencia. Para la determinación de estas dos modalidades de conducta resulta útil la remisión a los conceptos que de violencia e intimidación ha elaborado la doctrina al referirse a las coacciones y amenazas condicionales (8), motivo por el cual aquí haremos sólo una breve alusión.

Por lo que se refiere a la violencia, hay que tener presente el proceso de espiritualización o volatilización que ha sufrido, pasando de ser conceptuada exclusivamente como fuerza o energía que recaía sobre el cuerpo de la víctima, para admitirse posteriormente la fuerza ejercitada sobre un tercero o sobre una cosa, incluso, el uso de narcóticos o de la hipnosis. En este sentido afirma Mir que «...la esencia de la coacción no requiere la violencia como fuerza material sobre una persona, sino sólo como *fuerza sobre la libertad de actuación*» (9).

Problema importante es el que plantea la inclusión de la intimidación en el marco de la violencia a efectos de coacciones. Así el Tribunal Supremo, siguiendo a Carrara (10), distingue entre intimidación y amenaza, en base a que en la primera se anuncia un mal inmediato, mientras que en la segunda el mal conminado es remoto, y en base a ello incluye la intimidación dentro del ámbito de la violencia. Esto ha llevado al propio Tribunal Supremo a decir que amenazas condicionales y coacciones son figuras coincidentes. La doctrina rechaza esta postura jurisprudencial, entendiendo que la intimidación no puede constituir coacción, sino amenaza condicional (11). Tratándose de amenazas condicionales y coacciones, es importante determinar si la intimidación integra una u otra figura, aunque sólo sea por su diferente penalidad; pero en el supuesto del artículo 325 bis la discusión carece de consecuencias, porque tanto la intimidación como la violencia, ejercitadas con la finalidad descrita en el tipo, tienen tratamiento unitario, mereciendo la misma pena.

Decía que el paralelismo entre los delitos de coacciones y amenazas condicionales, por un lado, y el delito del párrafo 1 del artículo

(8) A parte de las obras generales, puede verse TORIO LÓPEZ, A.: *La estructura típica del delito de coacción*, en «ADP», 1977, pp. 19 y ss. MIR PUIG, S.: *El delito de coacciones en el Código penal*, en «ADP», 1977, pp. 269 y ss. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Sobre el delito de coacciones*, en «Estudios Penales y Criminológicos», VI, Santiago de Compostela, 1983, pp. 103 y ss. MIRA BENAVENT, J.: *El concepto de violencia en el delito de coacciones*, en «CPC», 1984, núm. 22, pp. 95 y ss. HIGUERA GUIMERA, J. F.: *El delito de coacciones*, 2.ª ed., Barcelona, 1983.

(9) *El delito de...*, ob. cit., p. 278. Esta interpretación evita dar un trato diferencial al impedir y al compeler.

(10) «Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Speciale», IV, 9.ª ed., Firenze, 1923, § 2132. La distinción de Carrara no es válida en nuestro Derecho pues parte de un plano más amplio, distinguiendo entre extorsión, amenazas simples, condicionales, hurto violento y coacciones. Críticamente se manifiestan RODRÍGUEZ DEVESA, «DPEPE», ob. cit., p. 278. Y MIR PUIG: *El delito de...*, ob. cit., p. 283.

(11) En este sentido MIR PUIG: *El delito de...*, ob. cit., p. 284. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Sobre el delito...*, ob. cit., p. 117. MIRA BENAVENT: *El concepto...*, ob. cit., p. 153.

325 bis por otro, es evidente. Sin embargo hay diferencias fundamentales: así las coacciones y las amenazas condicionales son delitos de resultado, pues la amenaza o la violencia han de producir la entrega de una cantidad o el cumplimiento de una condición (arts. 493.1 y 494) o una acción u omisión (art. 496), siendo además delitos de lesión (12), mientras que el delito que nos ocupa es de mera conducta y de peligro, como veremos a continuación. Además la aplicación del artículo 325 bis)-1, que siempre será preferente con respecto a los artículos 493.1, 494 y 496 cuando se dé el especial ánimo al que hace referencia el tipo, supone una mayor penalidad. Téngase en cuenta que la pena de prisión menor del artículo 325 bis se aplica siempre, aunque no se consiga el propósito buscado, pues el mero intento perfecciona el tipo; pena que se impondrá en su grado máximo tratándose de procesos penales por delito. Naturalmente si no existiese el artículo 325 bis. 1, las conductas en él descritas serían punibles conforme a los artículos 493, 494 y 496.

La diferencia de penas se observa en el siguiente cuadro:

1) A intenta que B no testifique, amenazándole con un mal constitutivo de delito:

Art. 493-1: B no testifica: *prisión menor*.

B testifica: *arresto mayor*.

Art. 325 bis)-1 B testifica o no lo hace: *prisión menor*.

2) A intenta que B no testifique, amenazándole con un mal no constitutivo de delito.

Art. 494: B testifica o no lo hace: *arresto mayor*.

Art. 325 bis)-1; B testifica o no lo hace: *prisión menor*.

3) A ejerce violencia sobre B para que no testifique o para que lo haga desviadamente:

Art. 496: *Arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas*.

Art. 325 bis)-1: *prisión menor*.

Como se ve, sólo en un supuesto la punición es la misma, en la amenaza de un mal constitutivo de delito lográndose el propósito (*prisión menor*), naturalmente, salvo que se trate de procesos penales por delito, en cuyo caso el artículo 325 bis)-1 obliga a elevar el grado máximo y no, en cambio, el artículo 493.1. Pero en todos los demás casos el artículo 325 bis)-1 supone una mayor punición, que naturalmente es debida a que el nuevo precepto no protege sólo ni principalmente la libertad de obrar, como ocurre con los tipos de amenazas y coacciones. Es más, la ubicación que tiene el artículo 325 bis en el Código penal pone de manifiesto que el legislador ha pretendido

---

(12) TORIO LÓPEZ: *La estructura...*, ob. cit., p. 22.

proteger la Administración de Justicia. La libertad de las partes intervinientes se protege sólo de forma mediata, como necesaria para la protección del proceso debido (13).

## 2. La consumación. Delito de resultado cortado. Delito de mera conducta. Delito de peligro abstracto

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis hace referencia a una finalidad o propósito que debe de impregnar la acción típica; es decir, la violencia o la intimidación han de ejercerse con la finalidad de que alguno de los sujetos aludidos modifique su actuación procesal en uno de los sentidos previstos. Pero el tipo no exige para su consumación que dicha modificación procesal se llegue a producir. Nos encontramos por tanto ante un delito de intención (14) o de tendencia interna trascendente, por requerir una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico: efectivamente el autor de la violencia o de la intimidación realiza la conducta con la finalidad de obstruir la Justicia, como elemento subjetivo del injusto. Habida cuenta de que la realización de la finalidad perseguida por el autor depende, no de sí mismo, sino de la actividad que después desarrolle el testigo, perito, etc., hay que afirmar que se trata de un delito de resultado cortado (15). La presencia del elemento subjetivo del injusto, en los términos descritos, conduce a la constatación de que el tipo es de los incongruentes por exceso subjetivo (16).

Que no se requiere el resultado de modificación de la actuación procesal, sino sólo la tendencia a conseguirlo, se deriva de la expre-

---

(13) MAGALDI y GARCÍA ARÁN entienden por «proceso debido» «...aquel proceso en el cual las garantías formales se impregnen de contenido material, de tal manera que pueda ser calificado además de “legal” como “debido”» (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 415).

(14) En este sentido CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 727 y 728. La sentencia de 9 de mayo de 1986 señala que se trata de un «...delito de tendencia, o actividad, en cuanto se propende, en lo concerniente al testigo, a obstruir su espontánea actitud de colaboración con el órgano judicial, tratando de disuadirle de su propósito de declarar, atendiendo la llamada judicial, o desviarle de la línea de exactitud e imparcialidad que debe ser norma de cualquier aportación testimonial...». Sobre esta sentencia puede verse TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.: *El delito contra la Administración de Justicia. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1986*, en «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», 1987, núm. 1, pp. 221-224.

(15) Los delitos contenedores de elementos subjetivos del injusto se clasifican en delito de intención o de tendencia interna trascendente, delitos de tendencia interna intensificada y delitos de expresión. Dentro de los primeros se diferencia entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados en dos actos. Según MIR PUIG el criterio distintivo entre estos dos últimos está en que tratándose de delitos mutilados en dos actos «...la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos)...», mientras que si se trata de un delito de resultado cortado, la intención del autor debe dirigirse «...a un resultado independiente de él» («DPPG», 2.ª ed., Barcelona, 1985, pp. 167 y 168).

(16) *Id. id.*, p. 167.

sión utilizada por el precepto: «El que... intentare...». En base a ello, Bustos Ramírez califica el delito como de emprendimiento, pues, «...se entiende consumado por cualquier acto de ejecución (de tentativa); no es necesario, por tanto, que se produzca la retractación, desestimiento o desviación» (17). Esta categoría, la de delitos de emprendimiento, supone que la tentativa y la consumación se equiparan; emprender un hecho supone tanto su tentativa como su consumación, con el efecto de que ni el desistimiento excluye la punibilidad, ni la tentativa se castiga con pena atenuada (18). La figura del emprendimiento no existe en el Derecho español, por faltar en el mismo un artículo paralelo al parágrafo 11.I.6 del Código penal alemán; sin embargo, sí existen supuestos en el Derecho español en los que se equipara la pena del delito intentado a la del consumado, cual ocurre con el homicidio del Jefe del Estado (art. 142) (19). Entiendo que no es correcto hablar en el supuesto del artículo 325 bis)-1 de delito de emprendimiento por dos razones: primera, porque se trata de una categoría extraña en nuestro Derecho, y, segunda, porque el artículo 325 bis)-1 no equipara la tentativa a la consumación a efectos de pena; lo que ocurre es que se eleva la tentativa a la categoría de delito autónomo, como ocurre en los supuestos de los artículos 163, 214 y 218. Es decir, nos encontramos ante un delito de consumación anticipada (20).

Debe tenerse en cuenta que en ocasiones el legislador introduce en los tipos elementos subjetivos del injusto con el propósito de adelantar la barrera de protección (21), y esto es lo que ocurre precisamente en este caso: el legislador castiga expresamente los actos de violencia o intimidación tendentes a obstruir la Justicia, antes de que se llegue a producir ese efecto o resultado y sin necesidad del mismo. Y es que de no ser ésta la idea del legislador —adelantamiento de las barreras de protección— no hubiera sido necesario introducir este tipo, puesto que la conducta en él descrita es típica en relación a las amenazas condicionales y a las coacciones; pero estos delitos, como ya he dicho, son de resultado, lo cual quiere decir que, en ausencia del artículo 325 bis)-1 exigirían para aplicar la pena del delito consumado, y por lo tanto la más grave, que de hecho se produjese la modificación de la actuación procesal. Naturalmente el deseo del legislador expresado en el artículo 325 bis)-1 no es sólo el de adelantar las barreras de protección construyendo un tipo de consumación anti-

(17) «MDPEPE», Barcelona, 1986, p. 427.

(18) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, vol. I, p. 362, y vol. II., p. 715.

(19) Adiciones de Derecho español a JESCHECK: *Tratado...*, ob. cit., vol. II, p. 724.

(20) CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona, p. 140.

(21) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «DPPG», Madrid, 1978, p. 329.

cipada, sino también el poder aplicar penas más graves que las previstas en los correspondientes tipos de amenazas condicionales y coacciones, que, como ya hemos visto, prevén penas más leves (salvo en un supuesto en el que se podría llegar a la misma pena).

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis es de mera conducta, puesto que no exige la producción de ningún resultado separado en el tiempo y en el espacio de la conducta; la sola conducta dirigida a conseguir la modificación procesal sirve para consumir el tipo. Naturalmente, si además se consigue el objetivo propuesto por el autor, porque hay retractación, desistimiento, etc., la pena aplicable será la misma.

La caracterización del delito como de mera conducta hace que nos planteemos la viabilidad de formas imperfectas de ejecución. La sentencia de 9 de mayo de 1986, tras afirmar que nos encontramos ante un delito de tendencia o actividad, señala «...que la consumación de la infracción criminal se alcanza con la conducta desatadora de la *vis física* o merced al proferimiento de las amenazas o coacciones capaces de amedrentar al testigo y torcer su ánimo, sin precisarse la consecución del resultado propuesto por el autor..., la perfección delictiva se logra con el intento... de lo que se colige la imposibilidad de formas imperfectas de ejecución...» (22). Por lo que se refiere a la admisibilidad de la frustración, debe ser negada, ya que ésta es inviable en los delitos de mera conducta (23), puesto que si se practican todos los actos de ejecución, el delito queda consumado. En relación a la tentativa, suele ésta admitirse en los delitos de mera conducta cuando el comportamiento es fraccionable en varios actos, por tratarse de comportamientos plurisubsistentes (24). Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa creo que no debe admitirse la tentativa, puesto que al consumarse el delito con el mero intento, la tentativa sería tentativa de una tentativa que «...no es punible por tratarse de actos demasiado alejados de la zona previa» (25).

Habida cuenta de que el legislador al tipificar la conducta del párrafo 1 del artículo 325 bis, lo hace sin exigir la efectiva lesión del bien jurídico, castigándose por el peligro que supone para el mismo, debe afirmarse que nos encontramos ante un delito de peligro. Y me inclino a pensar que es un delito de peligro abstracto y no concreto,

---

(22) En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 735. Y TORRES FERNÁNDEZ: *El delito...*, *ob. cit.*, p. 222.

(23) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 106. GÓMEZ BENÍTEZ no ve inconveniente en admitir las formas imperfectas en los delitos de mera conducta y «...si bien la *frustración* encuentra un ámbito difícilmente diferenciable de la consumación, cabe imaginar supuestos de frustración por inidoneidad de la conducta» («TJDDPPG», Madrid, 1984, p. 169).

(24) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 141.

(25) JESCHECK: *Tratado, ob. cit.*, vol. II, p. 715.



puesto que el legislador no exige como resultado de la acción la probada proximidad de la lesión del bien jurídico, es decir, no hay una efectiva puesta en peligro concreto, a diferencia de lo que ocurre en el número 2 del artículo 340 bis)-a). Lo cual quiere decir que las conductas de violencia o intimidación dirigidas a obstruir la Justicia son peligrosas en sí mismas, son peligrosas «ex ante» para el bien jurídico de la Administración de Justicia. Esta naturaleza de delito de peligro abstracto y no concreto es congruente con el carácter de delito de mera conducta que le hemos atribuido. Y es que, como ha puesto de manifiesto Rodríguez Ramos, «...la figura del peligro abstracto es de mera conducta y la de peligro concreto de resultado» (26), aun cuando las categorías «peligro-lesión» y «resultado-mera conducta» pertenezcan a diversos elementos del delito. Naturalmente lo contrario no es cierto, es decir, no todos los delitos de mera conducta son de peligro abstracto ni todos los de resultado son de peligro concreto; tanto los delitos de resultado como los de mera conducta pueden ser —y ello ocurre en muchos supuestos— delitos que supongan la efectiva lesión del bien jurídico y no su mera puesta en peligro (27).

### **3. La cuestión de la autoría mediata y de la inducción al delito de falso testimonio y al delito de denegación de auxilio**

Entre las modalidades típicas del artículo 325 bis)-1 se encuentran las de intentar, con violencia o intimidación, que un perito o testigo presten su informe o declaración desviadamente o que dejen de prestar su informe o declaración.

Si un perito o testigo prestan su informe o declaración desviadamente, pueden cometer delito de falso testimonio; si un perito deja de prestar su informe, teniendo la condición de funcionario, puede cometer delito de denegación de auxilio del artículo 371.1, y si un perito no funcionario o un testigo dejan de comparecer a prestar sus declaraciones pueden cometer delito del artículo 372.2.

Como hemos visto, el delito del artículo 325 bis)-1 se consuma con el mero intentar, pero bien puede ocurrir que el sujeto activo consiga su propósito y que el testigo o perito declaren en falso o que no comparezcan a declarar. Dos preguntas debemos plantearnos si esto ocurre: 1) ¿el autor de la violencia o de la intimidación puede ser autor mediato o inductor de un delito de falso testimonio o de dene-

---

(26) *El «resultado» en la teoría jurídica del delito*, en «Temas de Derecho penal», Madrid, 1977, p. 12.

(27) GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, pp. 170 y 171.

gación de auxilio?, y 2) ¿la conducta del testigo o del perito puede en algún supuesto quedar impune?

Tratamos en primer lugar lo relativo al delito de denegación de auxilio del artículo 371.1. Se trata de un delito de omisión que se consuma con el sólo desatender el requerimiento de la autoridad competente (28). Nos centramos en los supuestos en los que el autor del delito del artículo 325 bis)-1 utiliza una *vis absoluta* para impedir que el perito funcionario preste su debida cooperación con la Administración de Justicia, excluyendo toda posibilidad de actuación al perito. Creo que aquí no se plantea un supuesto de autoría mediata ya que el hombre de atrás —el autor del delito del artículo 325 bis)-1— resultaría ser, si ello fuese posible, autor directo, pues como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina «el que emplea fuerza irresistible es el autor directo» (29) y si el sujeto padece una fuerza absoluta no realiza ninguna acción al convertirse en «objeto sin voluntad», siendo autor directo el que despliega la fuerza (30). Ahora bien, dada la naturaleza de delito especial propio (31) que tiene la denegación de auxilio, resulta que el hombre de atrás no puede ser autor del mismo, al no concurrir en él una característica del tipo, por lo que en el supuesto que nos hemos planteado, el que despliega la fuerza será sólo autor de un delito del artículo 325 bis)-1. En relación al sujeto que sufre la fuerza absoluta, hay que decir que nos encontramos ante un caso de fuerza irresistible del artículo 8.9 y, por tanto, de ausencia de acción.

Tampoco cabe plantearse en los casos de *vis compulsiva* la autoría mediata del hombre de atrás, puesto que siendo la denegación de auxilio un delito especial propio, no puede cometerlo ni como autor directo ni como autor mediato el sujeto no cualificado (32). Luego

(28) En este sentido, COBO y VIVES y otros, «DPPE», vol. I, *ob. cit.*, pp. 453-454 y MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, p. 705.

(29) MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, p. 320.

(30) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 845-846. En contra, GÓMEZ BENÍTEZ incluye entre los supuestos de autoría mediata, en base al primer párrafo del artículo 14.2 los casos de fuerza irresistible, que, además, para él no constituyen una causa de inexistencia de acción, sino de atipicidad por falta de imputación objetiva del hecho al autor («TJD», *ob. cit.*, p. 146).

(31) Ver MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, pp. 668-689.

(32) La doctrina no suele admitir la autoría mediata del «extraneus». Sobre los argumentos que se han dado para admitirla QUINTERO distingue aquéllos que se refieren al hecho de que el bien jurídico en estos supuestos resulta lesionado y aquéllos que se basan en razones de política criminal, rechazando unos y otros (*Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, pp. 112-115); así, para este autor, «...quien no puede ser autor inmediato tampoco lo puede ser mediato» (p. 111). Tampoco admite esta posibilidad GIMBERNAT ORDEIG, al decir que «si un *extraneus* utiliza a un funcionario como instrumento (funcionario inimputable o que actúa bajo miedo insuperable, por ejemplo) no por ello se convierte aquél en autor mediato del delito especial...» (*Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 229). La autoría mediata es autoría y no simple participación, por eso el autor mediato ha de reunir todos los requisitos que el tipo exija para ser autor, de ahí que no quepa

estos casos de utilización de *vis compulsiva* por el *extraneus* sobre el perito *intraneus* para que no preste su informe serán punibles para el agente de la fuerza conforme al artículo 325 bis-1. La punición o impunidad del sujeto coaccionado, es decir, del perito, dependerá de la intensidad de la coacción sufrida, pudiendo plantearse la aplicación de la eximente del miedo insuperable (33).

Queda por tratar si la conducta del artículo 325 bis-1, en su modalidad de intimidación, puede considerarse como de inducción al delito de denegación de auxilio. En la consideración de este supuesto no se choca con la naturaleza de delito especial propio, como, sin embargo, ocurría en temas de autoría mediata, puesto que siendo la inducción una forma de participación, el inductor no debe reunir las especiales características del autor del delito especial propio. En la medida que «inducir significa causar mediante influjo psíquico en otra persona la resolución de ejecutar un hecho típicamente antijurídico» (34), cabe considerar que la conducta intimidatoria tendente a que un perito deje de prestar su debida colaboración con la Administración de Justicia, no sólo constituye autoría del delito de obstrucción a la Justicia del artículo 325 bis-1, sino además inducción a la denegación de auxilio. Ahora bien, para hablar de inducción se requerirá que el intento de obstrucción a la Justicia y, por tanto, la inducción, vaya seguido de la denegación de auxilio por parte del sujeto inducido, puesto que la inducción precisa, para ser tal, que el inducido de comienzo a los actos de ejecución, es decir, que al menos empiece la tentativa del delito al que se le ha inducido (35).

---

autoría mediata del sujeto no cualificado en un delito especial propio. Esta afirmación, evidentemente, puede suponer el mantenimiento de ciertas lagunas de punición, y así lo pone de manifiesto MAURACH (Traducción y notas de J. Córdoba Roda, «Tratado de Derecho penal», Barcelona, 1962, p. 320). Ahora bien, al igual que el Derecho alemán a veces cubre expresamente esas lagunas con tipos especiales, como los de los artículos 160 (inducción al perjurio) y 271 (mediata falsa atestación), según expresa MAURACH, también en los casos que nos estamos planteando de autoría mediata a la denegación de auxilio y, como veremos, al falso testimonio, el nuevo artículo 325 bis viene a rellenar la laguna de punición.

(33) MIR PUIG entiende que los casos de fuerza física absoluta se refieren a la fuerza irresistible del artículo 8.9, mientras que la fuerza moral se regula en el artículo 8.10 como miedo insuperable («DPPG», *ob. cit.*, p. 153). Esta es la postura que se acepta en el texto que, sin embargo, otros autores no comparten. Así QUINTERO OLIVARES sostiene que la fuerza irresistible puede obedecer no sólo a una fuerza física directamente actuada sobre el sujeto, sino también a una «vis compulsiva» (*Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1981, p. 186; del mismo autor ver «DPPG», Barcelona, 1986, p. 426).

(34) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 846. Sobre los medios a través de los cuales se puede inducir, ver pp. 849-850.

(35) Efectivamente, para hablar de inducción se requiere que el inducido dé al menos comienzo a la tentativa. Sobre la punición de la inducción frustrada no hay acuerdo en la doctrina. Así para COBO y VIVES «...la inducción no seguida de realización es impune» («DPPG», 2.ª ed., Valencia, p. 524). Otros autores, en cambio, consideran que esta laguna de impunidad puede y debe cubrirse. Para algunos, la inducción frustrada debe castigarse como proposición (MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, pp.

Si esto no ocurre, porque el perito no cede a la intimidación y presta su informe, cooperando debidamente con la Justicia, sólo se podrá hablar de autoría del delito del artículo 325 bis)-1 y no de inducción a un delito del artículo 371.1. En los supuestos en los que si quepa esta doble calificación, creo que debe optarse por castigar la conducta como autoría del delito de artículo 325 bis)-1, descartándose la inducción al delito de denegación de auxilio en base al principio de especialidad. Debe tenerse en cuenta que si el perito no es funcionario y deja de prestar su informe, al igual que ocurre con el testigo que se abstiene de declarar, entrará en juego, no el artículo 371.1, sino el artículo 372.2, referido al perito y al testigo «...que dejen de comparecer ante un Tribunal a prestar sus declaraciones, cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto». Hay que observar que este precepto habla del testigo o del perito que no comparecen; si comparecen pero declaran en falso, serán de aplicación los preceptos relativos al falso testimonio. A continuación nos referimos a estos supuestos.

Se trata de ver si en los casos de utilización de violencia o intimidación para que un testigo o perito presten desviadamente su declaración o informe, cabe hablar de autoría mediata o de inducción.

La posibilidad de autoría mediata, es decir, de utilización de un instrumento para cometer el falso testimonio, debe ser descartada, no sólo porque el falso testimonio es delito especial propio según unánime doctrina (36), sino además porque es un delito de propia mano, en el sentido de que el tipo exige una actividad personal del sujeto: sólo el testigo o el perito pueden declarar o informar en falso (37). La doctrina está de acuerdo en considerar que los delitos de propia mano no admiten la autoría mediata (38).

En cambio, sí es posible admitir que la conducta del artículo 325 bis)-1 consistente en la intimidación para que un testigo o perito presten desviadamente su declaración o informe sea constitutiva de inducción al falso testimonio (39); naturalmente siempre que se den

---

286-287. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HUERTA TOCILDO, S., «DPPG», 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 534); otros creen que la inducción frustrada es una provocación (GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, pp. 522 y 567).

(36) Ver por todos MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: *El falso testimonio en el sistema penal español*, Barcelona, 1987, p. 89.

(37) *Id. id.*, p. 89, y CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1978, p. 1130.

(38) MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, p. 325. COBO y VIVES, «DPPG», *ob. cit.*, p. 520. GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, p. 149. GIMBERNAT: *Autor...*, *ob. cit.*, p. 247. QUINTERO: *Los delitos especiales...*, *ob. cit.*, p. 106. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *El autor mediato en Derecho español*, en «ADP», 1969, p. 477. OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, «DPPG», *ob. cit.*, p. 487. JESCHECK: *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 920. MAURACH: *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 311.

(39) MAGALDI admite todas las formas de participación en el falso testimonio y, en relación a la inducción mantiene que «...al deber reunir los requisitos exigibles para

todos los requisitos de la inducción. Cuando esto ocurre y, en consecuencia, una misma conducta puede ser calificada a la vez de inducción al falso testimonio y de autoría de un delito del artículo 325 bis)-1, optaremos por la última calificación por su mayor especialidad.

## II. EL TIPO DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 325 BIS

Se contiene en el párrafo 2 un tipo que, como veremos a continuación, produce extrañeza por su ubicación y por la regla concursal que recoge. Se trata de lo que algún autor ha venido a denominar «represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigo» (40); otros, en cambio, agrupan las dos modalidades —la del párrafo 1 y la del 2— bajo la expresión «delitos contra la libertad de las partes, peritos y testigos en el proceso» (41). Prefiero la primera denominación, que separa este tipo del párrafo 2 del del párrafo 1, porque se trata de dos delitos totalmente distintos, como así lo han puesto de manifiesto Magaldí y García Arán al decir que «...obedecen a estructuras típicas absolutamente diferentes y con cuestiones interpretativas propias, siendo diverso, también, su objeto de protección» (42). Por ello mismo estimo, con las autoras citadas, que no es cierto lo que al respecto ha afirmado Muñoz Conde cuando dice que «en el artículo 325 bis se recogen, en realidad, dos delitos distintos, aunque ambos tengan la misma finalidad y sean reconducibles al mismo bien jurídico» (43); sólo lo primero es correcto —que son dos delitos distintos—, no así lo segundo.

### 1. Su naturaleza y el bien jurídico protegido

El párrafo analizado castiga con la pena de prisión menor (44) la realización de cualquier acto contra la vida, integridad, libertad,

---

la misma de manera general puede presentar dificultades de apreciación dada la estructura de los tipos de falso testimonio, por lo que sería deseable la configuración de una específica tipología legal de inducción al falso testimonio en términos similares a lo establecido en el § 161 del Código penal alemán» (*El falso testimonio...*, ob. cit., p. 109).

(40) CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, ob. cit., p. 719.

(41) MUÑOZ CONDE, «DPPE», ob. cit., p. 666. COBO y VIVES y otros, «DPPE», ob. cit., p. 289.

(42) *Los delitos...*, ob. cit., p. 427.

(43) «DPPE», ob. cit., p. 667.

(44) Creo que no puede aplicarse aquí la pena de prisión menor en su grado máximo, tal como prevé el párrafo 1, cuando se trata de procesos penales por delito, porque si esta exigencia ya es absurda en el párrafo 1, más lo es todavía en el párrafo 2, porque en éste no se recoge ningún tipo protector de la Administración de Justicia, por lo que es irrelevante el tipo de proceso en el que actuó la víctima de la represalia. Digo que es absurdo agravar la pena en el párrafo 1 cuando se trata de procesos

seguridad o bienes de los intervinientes en un procedimiento como represalia por su actuación. Al hablarse de «...actos contra la vida, integridad, etc...» parece que el legislador no exige la consumación del correspondiente delito o falta, sino que basta con el hecho de atentar. Así lo ha entendido Conde-Pumpido al decir que «...no es preciso para que se cumpla la hipótesis típica, que se consume el delito en concurso con la lesión del bien jurídico tutelado, sino que basta la ejecución externa del acto tendente a producir esa lesión, esto es, creador de un riesgo para dicho bien jurídico» (45).

No se explica fácilmente el por qué quedan fuera de la enumeración de bienes contra los que se puede atentar en represalia, la honestidad, e incluso el honor, pues son perfectamente imaginables, en venganza por una actuación en un procedimiento, una injuria y una violación o unas lesiones y unos malos tratos. En cambio, son difícilmente imaginables ciertos delitos que, sin embargo, están incluidos en la hipótesis típica, como pueden ser las maquinaciones para alterar los precios de las cosas (46).

Los requisitos que integran la redacción típica pueden resumirse de la siguiente manera:

1) Que se realice alguno de los actos atentatorios a los que hemos hecho referencia.

2) Que dichos actos tengan como sujeto pasivo a una de las personas enumeradas en el párrafo 1, es decir, a un denunciante o parte, intérprete, perito o testigo. Lo cual quiere decir que si se realizan contra un pariente o un allegado (no interviniente en el procedimiento) no será aplicable este párrafo 2.

3) Los atentados deben tener por causa la actuación del sujeto pasivo en un procedimiento. El móvil ha de ser el de represalia por la actuación en el procedimiento. Esta motivación supone la exigencia de un elemento subjetivo del injusto. Sobre este punto se han pronunciado críticamente Magaldi y García Arán al decir que «...la figura se construye técnicamente sobre la base de elevar el móvil de comisión de cualquiera de los atentados... a la categoría de elemento,

---

penales, porque el proceso penal no sufre perjuicio alguno si, por ejemplo, un denunciante se retracta de su denuncia (en procesos por delitos públicos), mientras que la incidencia en el proceso civil del desistimiento de la acción es mayor, dado el principio dispositivo que rige en estos supuestos. Sobre este particular ver MAGALDI y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, pp. 428-429.

(45) *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 730.

(46) Como ha señalado CONDE-PUMPIDO, la no alusión a los delitos contra la honestidad obedece a que el artículo 325 bis es una copia literal del artículo 512 del PCP de 1980, Proyecto en el que los actuales delitos contra la honestidad se recogen, correctamente, como delitos contra la libertad sexual y, por tanto, como delitos contra la libertad, bien jurídico éste que si viene aludido en el texto de los dos preceptos (*Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 730-731).

esencial y único, generador y motor del tipo, lo cual responde... a una técnica legislativa reprochable, y es expresión de una política criminal preocupante» (47).

Por lo que al bien jurídico se refiere, dada la ubicación que este tipo tiene entre los delitos del Título IV del Libro II, sería lógico pensar que se trata de la Administración de Justicia y, sin embargo, no es así. En efecto, la Administración de Justicia no se ve lesionada ni puesta en peligro por la conducta descrita. Luzón, basándose en la clasificación de Quintano (48), distingue los delitos contra la Administración de Justicia en cuatro apartados: 1) delitos que afectan a la fase preprocesal; 2) delitos que provocan el nacimiento indebido del proceso; 3) delitos que inciden en el proceso, ya sea en su fase probatoria, ya en el desarrollo o en la conclusión, incluyéndose aquí el delito de obstrucción a la Justicia del artículo 512 del Proyecto del Código penal de 1980, que como ya hemos dicho es el equivalente al actual artículo 325 bis, y 4) delitos que afectan a la fase ejecutiva (49). Asumido este criterio clasificatorio, ha de afirmarse que la represalia sobre los intervinientes en un procedimiento por su actuación en el mismo no afecta a ninguna de las fases procesales descritas, lo que sí ocurre, en cambio, con la conducta descrita en el párrafo 1 del artículo 325 bis, que efectivamente afecta o puede afectar al desarrollo del proceso. Y es que si el perito o el testigo han intervenido en el proceso sin ser coaccionados, prestando su informe o testimonio en libertad y, precisamente por ello, son después objeto de actos de venganza, no es posible que dichos actos incidan en modo alguno en el proceso. La Administración de Justicia no puede verse afectada en modo alguno por los atentados dirigidos contra los que ya han intervenido de alguna manera y libremente. El legislador probablemente no lo ha entendido así, y por ello ha incluido esta extraña figura en el Título IV.

El nuevo tipo lo único que puede proteger son los bienes jurídicos que resulten afectados de modo inmediato por el atentado vindicativo, es decir, la vida, la integridad, etc., pero todos estos bienes encuentran ya protección en los correspondientes tipos delictivos, por lo que entiendo que el nuevo párrafo no tiene razón de ser (50).

---

(47) *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 430.

(48) QUINTANO clasifica los delitos contra la Administración de Justicia en base a la dinámica procesal de la siguiente manera: 1) delitos que afectan a la fase procesal; 2) delitos que afectan al nacimiento indebido del proceso; 3) delitos que afectan a la fase probatoria, y 4) delitos que afectan a la fase ejecutiva (*Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, p. 570).

(49) *Consideraciones...*, *ob. cit.*, p. 779. GARCÍA MIGUEL sostiene que los hechos castigados en el artículo 436 de la PANCP «...constituyen un verdadero atentado al normal desenvolvimiento del proceso...» (*Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 403).

(50) MAGALDI y GARCÍA ARÁN, que también se muestran partidarias de la supresión, entienden que aunque se partiera de la idea de que está más desvalorado realizar

## 2. Concurso con la figura agravada del número 1 del artículo 558

En la aplicación del tipo del párrafo 2 del artículo 325 bis debe tenerse en cuenta que el artículo 558 prevé entre las circunstancias que sirven para agravar los daños que exceden de 250.000 pesetas la de que éstos se causen «con la mira de 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». Por su parte, el artículo 559 prevé la pena de arresto mayor para los daños causados con las mismas circunstancias, cuando excedan de 30.000 pesetas y no pasen de 250.000. En relación con esta agravación ha señalado Quintano que se trata de daños de tendencia (51) en los que la acción no se agota por la intención del daño «in re ipsa», persiguiéndose otras finalidades ulteriores, de donde se deriva el aumento de la penalidad y la imposibilidad de la versión culposa (52). Igualmente ha señalado este autor la poca aplicación de esta agravación de venganza por pérdida de un proceso (53).

Fácilmente se comprende que este tipo de daños cualificados puede entrar en concurso con el tipo del párrafo 2 del artículo 325 bis, cuando se producen daños en la propiedad de un testigo en venganza por su actuación en un proceso. Entiendo que se trata de un concurso de leyes, puesto que un mismo hecho parece infringir dos preceptos, aunque sólo se puede castigar conforme a uno de ellos. La solución de este concurso no reside en el principio de especialidad, pues tratándose de daños ninguno de los dos preceptos contempla el hecho de modo más específico. En efecto, tanto la aplicación del párrafo 2 del artículo 325 bis como la de los artículos 558.1 ó 559 requieren los mismos elementos, a saber: atentado contra los bienes que, sin duda alguna, lo es el delito de daños, ánimo vindicativo y que el sujeto pasivo sea un testigo o un funcionario (piénsese en los funcionarios llamados a peritar en juicio) por su contribución a la aplicación de las leyes (cosa que los testigos y peritos hacen con su actuación en un procedimiento). La única diferencia que se podría apreciar entre un tipo y otro es que en el artículo 325 bis)-2 la venganza o

---

alguno de los tipos descritos en el precepto cuando se hace por venganza, aun no afectando al proceso, el Estado podría cubrir con garantías penales la libre intervención en un proceso sin temor a futuras represalias articulando una única figura en el párrafo 1 en la que tales consideraciones estuviesen presentes (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 431).

(51) Este autor clasifica los daños cualificados en tres grupos: a) daños de tendencia; b) daños de específica peligrosidad modal, y c) daños de cualidad e interés del objeto (*Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. III, Madrid, 1965, p. 508).

(52) *Id. id.*, p. 509.

(53) *Id. id.*, p. 511.



represalia tiene por causa la actuación en el proceso, mientras que el artículo 558 habla de venganza por las determinaciones de la autoridad (54). Pero esta diferencia es irrelevante, a efectos del principio de especialidad, puesto que en ambos casos la venganza la sufre no la persona de la autoridad, sino el particular o funcionario que presta su testimonio o colaboración en el proceso. Tampoco parece solucionarse el concurso con los principios de subsidiariedad o consunción, por lo que parece debería aplicarse el artículo 68 y resolver en favor del precepto que prevea mayor pena. Así tratándose de daños entre 30.000 y 250.000 pesetas será de aplicación el párrafo 2 del artículo 325 bis y su pena de prisión menor, relegándose el artículo 559 que prevé una pena de arresto mayor. El problema se plantea cuando los daños son superiores a 250.000 pesetas, ya que también el artículo 558 establece la pena de prisión menor, con lo que nada soluciona el artículo 68. Parece entonces indiferente aplicar un tipo u otro, lo cual demuestra que, al menos por lo que se refiere a los daños, el artículo 325 bis es superfluo (55).

### 3. Problemas concursales: el inciso final del párrafo segundo del artículo 325 bis

En el párrafo 2 del artículo 325 bis se castigan con la pena de prisión menor una serie de atentados a la vida, integridad, etc., de las personas citadas en el anterior párrafo, si se realizaren como represalia por su actuación en un procedimiento judicial, aplicándose la pena en su *grado máximo* cuando «...el hecho constituya *delito más grave*...».

La inclusión de esta regla concursal ha producido una cierta perplejidad entre los autores que han estudiado el precepto; así Muñoz Conde señala que el precepto es «superfluo y perturbador» y que no «...se entiende muy bien por qué si el hecho realizado constituye un delito más grave (que el del artículo 325 bis) se ha de imponer la pena en su grado máximo, salvo que se quiera derogar expresamente el artículo 71» (56).

---

(54) Opinión contraria manifiesta CONDE-PUMPIDO al entender que el concurso de leyes debe resolverse por el principio de especialidad en favor del artículo 325 bis)-2. Este autor parte de la idea de que el precepto que cree especial tiene un bien jurídico distinto del de el artículo 558, ya que los delitos del artículo 325 bis son en su opinión de carácter pluriofensivo al atacar conjuntamente la Administración de Justicia y otros bienes, como el patrimonio (*Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 739-740). Como queda ya dicho, creo que en el párrafo 2 del artículo 325 bis no se protege el bien jurídico Administración de Justicia.

(55) De la misma opinión y por el mismo motivo, ver MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, p. 667.

(56) *Id. id.*, p. 667.

Para una mejor interpretación de la regla cuestionada debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 325 bis)-2 habla de «...acto contra la vida, integridad...» está haciendo referencia no a cualquier mal que como represalia se pueda dirigir contra las personas expresadas, sino a males que son constitutivos de delito o falta conforme a otros preceptos del Código penal. Debe señalarse también que la aplicación de la pena en su grado máximo sólo rige cuando el hecho realizado constituye delito más grave que la represalia, y no cuando constituye delito igual o menos grave.

Para Mir nos encontramos ante un *concurso de leyes*, que se soluciona, no por aplicación de los principios generales que rigen estos supuestos, sino por la específica regla de subsidiariedad que recoge el precepto, pues «...condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya delito más grave...» (57). Si la subsidiariedad supone, como dice Mir, que «...un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal» (58), entonces, en el caso del párrafo 2 del artículo 32 bis no estamos ante un supuesto de subsidiariedad, ya que según la incomprensible redacción del mismo la pena prevista —prisión menor— ha de aplicarse siempre, lo que ocurre en unos casos se aplicará necesariamente en su grado máximo y, en otros, en toda su extensión. La subsidiariedad consiste en que el precepto subsidiario queda desplazado por el precepto primario, pero con su pena en toda su extensión, tal como ocurre en el artículo 68, y no con la pena en su grado máximo, como requiere el artículo 325 bis)-2. La literalidad de este precepto impide la solución de la subsidiariedad. Para afirmar que estamos ante un concurso de leyes resuelto por el principio de subsidiariedad se requeriría que el artículo 325 bis)-2 dijese: «igual pena (o sea, prisión menor) se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida..., salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena del delito más grave». Esto sí que supondría una aplicación específica de lo dispuesto en el artículo 68 y, entonces, en palabras de Mir, sí se estaría condicionando expresamente por el artículo 325 bis)-2 su propia aplicabilidad a que el hecho por él previsto no constituya delito más grave. Pero no éste el caso del artículo estudiado.

No puede verse en el último inciso del párrafo 2 una concreción del artículo 68 del Código penal, que soluciona el concurso de leyes, a falta de otros principios, con la aplicación del precepto que prevea mayor sanción, y así lo ha entendido Rodríguez Devesa al decir, en relación a este inciso, que «...el único sentido que puede tener es el de un endurecimiento de las penas, al aplicarse conjuntamente con

(57) «DPPG», *ob. cit.*, p. 606.

(58) *Id. id.*, p. 606.

las correspondientes al delito (o falta) cometidos, pues es evidente que no viene en aplicación lo dispuesto en el artículo 68...» (59). Como vemos, este autor opta por la solución del *concurso real* de delitos (art. 69) que supone la aplicación conjunta de las dos penas, la correspondiente al acto contra la vida, integridad, etc., y la derivada de la represalia por la actuación en un procedimiento. Esta solución, sin embargo, no parece admisible por dos motivos:

1) No se explica el por qué si se han de aplicar las dos penas conjuntamente deba elevarse al grado máximo la correspondiente a la represalia, cuando la pena aplicable por el acto contra la vida, integridad, etc., sea más grave que la prisión menor. La aceptación del concurso real choca con esta exigencia de agravación de la pena; si hay concurso real deben aplicarse las dos penas conjuntamente, pero sin elevar ninguna al grado máximo, tal como se deriva del artículo 69 del Código penal. El concurso real supone la acumulación material o aritmética de las penas suavizada con las reglas del artículo 70 (60).

2) Si el legislador hubiese optado por el concurso real lo habría manifestado claramente, cual ocurre en los artículos 512 del PCP de 1980 y 436 de la PANCP de 1983. En efecto, estos dos preceptos recogen en su párrafo 2 el mismo tipo que el actual artículo 325 bis)-2, pero optando por la solución del concurso real (61); se dice así que «iguales penas se impondrán a quien, sobre las personas citadas en el párrafo interior, realizare cualquier acto atentatorio a su vida, integridad..., como represalia de su actuación en un procedimiento judicial, *sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales atentados sean constitutivos*». La diferencia con el actual artículo 325 bis es clara: la pena por la represalia es la misma sea cual sea la gravedad del atentado, y se aplica además de la correspondiente a dicho atentado.

Rechazadas las soluciones del concurso de leyes, resuelto en base a la subsidiariedad, y del concurso real de delitos, debemos examinar qué posibilidades quedan.

Del tenor literal del artículo 325 bis se deriva que la pena de prisión menor fijada por este artículo absorbe la que podría corresponder al acto contra la vida, integridad, etc., impiniéndose en su grado máximo sólo cuando la absorbida fuese mayor. Se trataría entonces de un concurso de normas resuelto por el principio de consunción o absorción. «Según el principio de absorción, basta con la pena del

---

(59) «DPEPG», *ob. cit.*, p. 972.

(60) Ver SANZ MORÁN, A. J.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 227 y ss.

(61) En relación al artículo 436 de la PANCP, así lo han entendido MAGALDI y GARCÍA ARÁN (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 475).

delito más grave para hacer justicia a todos los que concurren» (62). El criterio de la consunción parece admisible en aquellos supuestos en los que la ley que consume señala una pena mayor que la que tiene la ley consumida o incluso la misma pena. Lo que ya parece más difícil de admitir es que la pena del precepto que absorbe sea menor que la pena del precepto que queda absorbido. Y esto es precisamente lo que puede ocurrir si se atiende al tenor literal del artículo 325 bis)-2. Piénsese en el que comete un parricidio en represalia por la actuación en un procedimiento de un pariente suyo. Al absorber la pena del artículo 325 bis la del parricidio se aplicaría aquélla, es decir, la prisión menor, en su grado máximo por ser el atentado contra la vida delito más grave. Esta absurda consecuencia que se deriva del tenor literal del artículo 325 bis no es admisible, pues supone privilegiar todo acto contra la vida, integridad, etc., que tenga pena superior a prisión menor y que se cometa como represalia por una actuación en un procedimiento judicial. Pero es que, además, la interpretación literal del artículo 325 bis)-2 es contraria al mismo principio de consunción que parece entrañar. En efecto, según este principio, es el delito más grave el que consume al menos grave, y no al contrario, por lo que en ocasiones nos encontraríamos ante la aplicación del principio de consunción al revés, ya que, no es que la figura más grave (parricidio, homicidio, lesiones graves del número 1 del artículo 420) absorba a la menos grave (represalia), sino al revés.

Se ha sostenido también que la exacerbación penal consistente en elevar la pena de prisión menor al grado máximo opera si el hecho constituyere delito más grave «...sin perjuicio de la pena correspondiente al delito contra la vida, la integridad, libertad, seguridad o contra los bienes» (63). Pero esta solución no parece correcta porque admitiendo el concurso real de delitos al castigar con las dos penas, la de la represalia y la del delito contra la vida, la integridad, etc., parece que no tiene sentido la exacerbación relativa a la pena del hecho de represalia. Es decir, el concurso real de delitos (dos delitos y aplicación de dos penas) no se concilia con la exigencia de elevar una de las dos penas al grado máximo. Además esta solución no explica por qué castigando los dos delitos por separado se debe elevar la pena de uno de ellos al grado máximo, sólo si el otro es más grave y no cuando es de igual o menor gravedad (64). En definitiva,

---

(62) SANZ MORENO: *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 28.

(63) «Código penal», Colex, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1986, p. 170.

(64) CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia*, *ob. cit.*, p. 738. Según este autor, la solución criticada es armonizadora, pero «...deja sin explicar el por qué ha de agravarse la pena del delito base de obstrucción a la justicia sólo si se comete otro delito más grave y no si se comete otro de igual o menor gravedad, cuando en todo caso ese segundo delito va a ser castigado *per se* en atención al concurso, castigo que ya absorbe en sí la mayor antijuridicidad de ambos supuestos».

si hay concurso real es absurdo e injusto elevar al grado máximo una de las penas; y el hecho de aplicar una de las penas en su grado máximo nos da la idea de otra solución distinta a la del concurso real, más cercana a la del concurso ideal del artículo 71, aunque como veremos después, tampoco el artículo 71 es aplicable al supuesto que nos ocupa.

Según Conde-Pumpido el problema que plantea el último inciso del artículo 325 bis debe resolverse diferenciando dos supuestos:

1) Que el delito contra la vida, integridad, etc., sea de menor o igual gravedad que el acto típico del artículo 325 bis; en este caso ha de aceptarse la existencia de un concurso ideal a solucionar *en base al artículo 71*.

2) Que el delito contra la vida, integridad, etc. sea más grave que el delito del artículo 325 bis: se aplica entonces como pena única la del delito más grave en su grado máximo, *sin tener en cuenta el artículo 71*, es decir, sin atender a la regla en virtud de la cual los delitos se sancionarán por separado cuando el límite que represente la suma de las penas que pudieran imponerse por separado exceda de la pena resultante de aplicar la del delito más grave en su grado máximo (65).

No podemos compartir la solución dada para el primero de los casos: cuando el delito contra la vida, integridad, etc., tenga menor o igual gravedad que el delito del artículo 325 bis ha de imponerse la pena de prisión menor en toda su extensión y no en el grado máximo, cual resultaría de aplicar el artículo 71. Conclusión ésta a la que obliga el propio artículo 325 bis que impone la pena de prisión menor «...salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena en su grado máximo». O sea, que cuando el hecho no constituye delito más grave, no puede aplicarse el grado máximo de la prisión menor, sino ésta en toda su extensión. El último inciso del artículo 325 bis)-2 deroga al artículo 71.

Si compartimos, en cambio, la solución dada por Conde-Pumpido al segundo supuesto: cuando el delito contra la vida, integridad, etc., tiene pena superior a la de prisión menor debe aplicarse la pena del delito más grave en su grado máximo. Esta interpretación, aunque no se deriva del tenor literal del artículo 325 bis, es la que debe prevalecer para evitar el inadmisibles efecto privilegiador que más arriba denunciábamos. De manera que el que mata a su padre en represalia por una actuación procesal debe ser castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo (y no con la de prisión menor en su grado máximo). Pero esto no supone aceptar que se está aplicando en este supuesto el artículo 71, porque, aunque aplicando la pena

---

(65) Id. id., p. 739.

del atentado contra la vida en su grado máximo se llegase a una mayor penalidad que castigando por separado, no por ello se iba a penar separadamente, cual resultaría del artículo 71.3. Y es que, como ha señalado Muñoz Conde, el último inciso del artículo 325 bis)-2 sólo se entiende como derogación expresa del artículo 71 (66).

A esta solución que aquí preconizamos se llega por la vía de entender que cuando el artículo 325 bis)-2 habla de «pena en su grado máximo» se está refiriendo a la del delito más grave (y no a la prisión menor) que se impone en su grado máximo por concurrir el móvil de la represalia. Este móvil de la represalia confiere al atentado contra la vida, integridad, etc., un mayor contenido de injusto que justifica la imposición en el grado máximo. Por tanto creo que el artículo 325 bis)-2 debería expresarse en los siguientes términos: «Igual pena (o sea, prisión menor) se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida..., salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena *de este último* en su grado máximo». Y probablemente es esto lo que quiso decir el legislador, porque si hubiese querido que se aplicasen las reglas generales de los concursos, no hubiese introducido este último inciso, y si hubiese optado por la solución del concurso real de delitos no hubiese modificado la solución ofrecida por los artículos 512 del PCP de 1980 y 436 de la PANCP de 1983.

De todas formas, esta solución no me parece buena, es sólo la que mejor salva la inexplicable redacción del último inciso del párrafo 2 del artículo 325 bis. Puede parecer correcto agravar la pena del atentado cometido cuando éste merece pena superior a prisión menor, por el mayor contenido de injusto que supone el móvil de represalia. Pero lo que ya no parece congruente con lo anterior es que cuando el atentado merezca pena inferior a prisión menor, deba, sin embargo, aplicarse esta pena. Piénsese que en represalia por una actuación procesal se producen unas lesiones del artículo 422, que se castigan con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas. En este caso, el móvil de represalia hace que deba aplicarse, no ya la pena del artículo 422 en su grado máximo, sino la pena de prisión menor. No parece ni lógico ni justo que cuando el atentado se castiga con pena inferior a prisión menor deba, sin embargo, aplicarse siempre la pena de prisión menor, lo cual supone, tratándose de delitos, subir al menos un grado escala (de arresto mayor a prisión menor) o modificar la naturaleza de la pena (de multa a prisión menor), mientras que cuando el atentado se castiga con pena superior a prisión menor, entonces basta con aplicar la pena que merece el atentado en su grado máximo. Este defecto será todavía más patente cuando el atentado sea constitutivo de falta y, por tanto, merecedor de pena

---

(66) «DPPE», *ob. cit.*, p. 667.

leve y se castigue, por la concurrencia del móvil de represalia, con pena de prisión menor.

La conclusión a la que se llega es que el precepto es absolutamente incomprensible y que, incluso, la que creo solución menos mala es, sin embargo, injusta; se comprende entonces por qué la doctrina reclama la supresión del párrafo 2 del artículo 325 bis (67).

---

(67) Id. *id.*, p. 667. CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 739. MAGALDI Y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 431.





# Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia (\*)

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)

### I. DIAGNOSTICO Y EVALUACION DEL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO

A diferencia de lo que sucede en los ordenamientos europeos avanzados, la regulación legal del problema penitenciario en Colombia no tiene una normativa de carácter constitucional o de rango legislativo superior. Tampoco está coherentemente reunida en un único cuerpo normativo, y sus disposiciones se acumulan temporalmente con escasa estructura sistemática.

Efectivamente, *en la vigente Constitución colombiana* (a efectos meramente ejemplificativos se cita la edición de Javier Hernao Hidrón: *Constitución política de Colombia*, Bogotá, 1984) *no se consagra ningún precepto penitenciario*. Los artículos 23, 24, 25, 26 y 27 de la Constitución, que conservan la misma redacción de 1886, recogen distintas garantías penales, conformando un procedimiento de «Habeas Corpus», y plasmando el principio de legalidad, pero no llega a la regulación de la realidad penitenciaria. El artículo 29, establecido por el artículo 3.º del Acto Legislativo número 3, de 1910, establece la abolición de la pena de muerte, pero no hay más referencia al sistema de penas vigente en Colombia. El artículo 5.º del Acto Legislativo número 1 de 1968, que modificó el artículo 28 de la Constitución, introdujo de nuevo el principio de legalidad en la punición, sin llegar a recoger semejante principio para regular la ejecución de las penas. Ni en el artículo 58, ni en todo el Título XV (arts. 147 a 164, ambos incluidos), reguladores de la Administración de Justicia, se hace referencia al ordenamiento penitenciario.

---

(\*) Los datos y bibliografía empleados en este trabajo están cerrados a 1985.

*La legislación penitenciaria colombiana no posee un cuerpo normativo homogéneo, ni este sector del ordenamiento tiene la relevancia normativa que debiera.* El Estatuto Penitenciario, establecido por el Decreto 1.817, de 17 de julio de 1964, no posee rango formal de Ley penitenciaria, y su contenido ha de integrarse con las disposiciones del Decreto-Ley 1.405, de 7 de julio de 1934, no derogado por él, y con los numerosos Decretos posteriores, que lo han modificado (Decreto 2.660, de 28 de diciembre de 1973, que subroga, entre otros, los artículos 39, 40, 43, 44, 49 y 52, y el texto de los Decretos 3.172 y 3.176 de 1968, y todos cuantos contienen normas incompatibles con su regulación). Bernardo Echeverri Ossa, Director General de Prisiones, ya afirmó en este sentido, en su obra «Temas Penitenciarios» (Publicaciones de la Escuela Penitenciaria Nacional, Bogotá, 1971), la necesidad de que «el Código 1.817 del 64 ya deba ser revisado, en cuanto su misma toponomástica es antitécnica, y que le sobran normas, faltándole muchas aún que son indispensables de acuerdo con los adelantos criminológicos».

La sucesión de normas que son inmediatamente derogadas (así, el Decreto 1.985, del 66, que creó el Centro de Observación, Clasificación y Rehabilitación, derogación calificada como «golpe mortal» por Echeverri Ossa, *op. cit.*), y de aquellas otras que no son cumplidas en la práctica, tampoco colabora nada a la necesaria clarificación y funcionalidad de un ordenamiento como el penitenciario. A esta situación hacía referencia Jaime Castro en su *Memoria Ministerial* (titulada *La Justicia en Colombia*) presentada al Congreso en 1974, al decir que «no es seguro que los Códigos y las numerosas leyes que los adicionan y reforman estén dando auténtica respuesta a las demandas nacionales».

*El sistema penitenciario colombiano sigue, formalmente, y con algunas adaptaciones, el sistema progresivo irlandés, no conociéndose en la legislación el sistema de individualización científica separado en grados. Y en la práctica, ni siquiera se aplica el sistema irlandés.* El artículo 248 del Decreto 1.817 de 1964, que ordena que el condenado permanezca aislado en el establecimiento penal por un período no mayor de 60 días, en el que se procede a su observación a los fines de clasificación en el grupo correspondiente, y los artículos 330 y 331 del mismo cuerpo legal, que crean la libertad preparatoria y la franquicia, y la institución de la libertad condicional, contemplada en el Código penal, permiten subsumir al sistema carcelario colombiano en el progresivo irlandés, pero la práctica judicial restringe e incluso con frecuencia niega las libertades preparatorias y la franquicia, por temor a fugas, con lo que se desvirtúa absolutamente el sistema formalmente establecido.

*En la actual situación colombiana, las deficiencias que se puedan observar en su sistema penitenciario no deben considerarse aisladas.*

*sino en profunda relación con los problemas que aquejan a toda la Administración de Justicia.* La Ley 22 de 1980 decretó la emergencia judicial que rigió durante un período de quince meses en Colombia. Los Decretos 5.288 y 3.529 del mismo año ponen de manifiesto las excepcionales circunstancias de saturación de la Administración de Justicia colombiana (véase Jaime Giraldo, y otros: *Mecanismos para descongestionar los establecimientos carcelarios*, Bogotá, 1978, y Annette Pearson: *La congestión carcelaria en Colombia*, en «Revista de Derecho Financiero, núm. 7, Bogotá, 1978), que no pueden por menos de trascender a la situación carcelaria. El Informe editado por la Contraloría General de la República, en 1983, afirmaba que «es posible que un aligeramiento en el trámite de los procesos penales produzca serios traumatismos en el aspecto penitenciario». La reforma del sistema penitenciario ha de estar conectada necesariamente a la del ordenamiento penal y procedimental penal colombianos, y estas reformas son necesarias. Jaime Castro, en la Memoria Ministerial citada, decía que «las fallas en la administración de Justicia son grandes. Los perjuicios que por esa razón está recibiendo la sociedad son inmensos, y los resultados de esta situación, imprevisibles y de gran riesgo para la solidez institucional del país». Y continuaba, más adelante, afirmando que «la manera como está concebida y organizada la administración de justicia es deficiente. Así no puede seguir funcionando. Necesita reformas sustanciales, de carácter constitucional y legal. Requiere mayor consideración por parte del Congreso, del Gobierno y de la sociedad. Su mejora tiene un costo, institucional y presupuestal, que debe asumirse».

La solución a ese problema real, que hoy permanece, pasa por la revisión de las normas sustanciales e instrumentales que gobiernan la administración de justicia. Concluía Castro afirmando que «ade-cuar constantemente las leyes a las urgencias y fenómenos de la época es una de las principales vías para remediar los problemas de la justicia».

La relación entre ambos ordenamientos, material y procesal, es evidente. En esa Memoria Ministerial quedaba claro que las fallas y dificultades del sistema judicial se reflejan necesariamente en el sector penitenciario y, a su vez, los problemas de éste y, sobre todo, su incapacidad para prevenir la reincidencia, generan nuevos escollos a la Administración de Justicia.

*El sistema penitenciario colombiano no cumple con su misión rehabilitadora, produciendo nueva delincuencia, y ello por la falta de medios materiales en las prisiones.* Humberto Barrera Domínguez dice, prologando a Echeverri, ya citado, que «si el fin de la justicia penal es la readaptación del hombre que delinque, bien cabe entender cómo resultan inútiles las constantes reformas de los estatutos procesales y punitivos cuando el resultado de su misión, la utilidad de las

sanciones que declaran, no puede alcanzarse por el abandono y descuido en que se ha tenido el régimen carcelario. De nada sirve que la nación cuente con buenos jueces y modernos códigos en materia penal si el fruto que de ellos se espera, la readaptación del hombre delincuente, no se alcanza porque los establecimientos de reclusión existentes en el país carecen de medios indispensables para el objeto a que están llamados». La sanción no debe consistir sólo en el aislamiento del delincuente, sino que ha de buscar su readaptación a la vida en sociedad. Para ello son precisos tanto los adecuados establecimientos penitenciarios como la superación de los actuales problemas de hacinamiento, promiscuidad y ocio en los establecimientos de reclusión».

*Los objetivos de rehabilitar y readaptar a la vida social a los internos no se consiguen por la imposibilidad actual de ocupar en actividades laborales o educativas a todos los detenidos, situación que se agrava por la falta de adecuada clasificación, hacinamiento e imposibilidad de desarrollar en esas condiciones adecuados programas de tratamiento. Todo ello convierte a los actuales centros de detención en centros criminógenos de alto riesgo. Se presentan problemas de hacinamiento por el exceso de reclusos existente en comparación con la capacidad de los establecimientos; problemas de promiscuidad originados en las dificultades de la clasificación y problemas de ocio generalizado en las prisiones, por falta de tareas de educación y laborales para todos los detenidos. En esta situación, se observa un alarmante número de homicidios, lesiones, delitos contra la propiedad y fugas en esos establecimientos, agravados por un alarmante problema de tráfico de narcóticos y consumo en el interior de las prisiones colombianas.*

*La superación de estos problemas pasa necesariamente por la creación de nuevos y adecuados centros penitenciarios, donde se observen las más elementales funciones de clasificación, separación y ocupación de los internos, realizadas por los correspondientes cuerpos de personal técnico cualificado.*

El problema se agrava si se considera que cerca del 80 por 100 de la población reclusa es preventiva (sindicada), y que esta población se convierte en agente multiplicador del delito, por el eventual desmejoramiento de sus niveles éticos, por el contacto directo que en esos centros experimentan con delincuentes de incluso peligroso comportamiento, y porque su experiencia en los centros de detención, como puso de manifiesto el Ministro Castro en su día, es generalmente desastrosa. Baste señalar, como alarmante ejemplo, que en 1981 el 73,6 por 100 de los reclusos se encontraban en situación de detención preventiva («Boletín de 30 de septiembre», Bogotá, 1981, editado por el Ministerio de Justicia colombiano, Dirección General de Prisiones), y que en junio de 1982, la relación era de 6.429 presos condenados

frente a 19.398 presos preventivos (*Juicio y reforma, Justicia penal*, estudio publicado por la Contraloría General —Fescol— Instituto SER, 1983).

*Los establecimientos penitenciarios actualmente existentes no cumplen con las funciones de rehabilitación o readaptación social de los internos que los habitan, pues faltan plazas (y consecuentemente edificios), faltan instalaciones básicas en los existentes, faltan medidas de seguridad, y no existe relación entre la naturaleza de su destino, o las exigencias de la pena que debe cumplirse en ellos y su actual conformación y distribución.* Los 186 establecimientos actuales (22 cárceles de Distrito Judicial, 7 penitenciarías nacionales, 10 reclusiones de mujeres, 145 cárceles de circuito, la Isla prisión de Gorgona y la Colonia penal agrícola de Acacias), la cárcel militar de Tolemaida o la cárcel para la Policía Nacional en la decimosegunda estación en Bogotá, o el anexo psiquiátrico femenino, que cumple funciones de manicomio criminal, creado en junio de 1979, no han sido pensados, en su mayoría, en función del tipo de penado que van a albergar, o del régimen y tratamiento concreto que en cada centro vaya a dispensarse. El artículo 5.º del Decreto 1.817 de 1964 distingue nominalmente los tipos de prisiones, pero la diferenciación no llega a una efectiva separación entre establecimientos para preventivos, establecimientos de cumplimiento de penas y establecimientos especiales. Los centros de cumplimiento deben estar clasificados, en función de su régimen, en centros de régimen cerrado, centros de régimen ordinario y centros de régimen abierto. Exceptuando el régimen de la antigua prisión de isla Gorgona, no hay en Colombia indicios de esta distinción, necesaria en un moderno sistema penitenciario.

Escasas referencias se encuentran a establecimientos creados en función de la pena. El Decreto 2.661/73, que crea la reclusión de mujeres de Cúcuta sólo hace hincapié en el sexo de la población reclusa, sin entrar en más consideraciones penológicas.

Los establecimientos especiales, que deben comprender centros hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social, empezaron a conformarse con el Decreto Legislativo 2.595 de 1950, que proveía la construcción de un «Manicomio Criminal», y se han plasmado en junio de 1979, con la creación del Anexo Psiquiátrico Femenino, dentro de la Reclusión Nacional de Mujeres, si bien es cierto que la actual dotación de establecimientos especiales es insuficiente para el sistema carcelario colombiano.

En la regulación de las Colonias Agrícolas Penales (arts. 340 a 353 del Decreto 1.817 de 1964) se establece una tipología semejante a la aquí propugnada para todo el sistema penitenciario, pero su escasa implantación hace que no se le pueda tomar como régimen-tipo. Del mismo modo, la instrumentación de la cárcel abierta, realizada por el Decreto 2.537 de 1973 desde la perspectiva de las «Colonias

Penales Agrícolas de Tercera Clase», tampoco ha producido en la práctica la instauración de establecimientos de régimen abierto similares a los que existen en otros ordenamientos más avanzados.

Pero es que, además, se parte de un mal de base, que es *la absoluta falta de planificación en el sistema material de construcciones carcelarias*. El Congreso Penitenciario y Carcelario, realizado entre los días 21 y 26 de febrero de 1966 ya recomendó al Gobierno colombiano la «especificación de los establecimientos carcelarios de acuerdo con las penas que deben purgarse en ellos y de conformidad con la naturaleza de su destinación».

Es obvio que «*existe una relación vital entre las construcciones carcelarias, sus sistemas de corrección y el éxito de sus resultados*. El diseño y la adecuación del edificio en su distribución, servicios y áreas determina la disposición del ánimo de los reclusos y la eficiencia de los empleados en sus tareas básicas» (Echeverri, *op. cit.*).

La doctrina colombiana, y los propios Directores Generales de Prisiones de Colombia han denunciado *los terribles errores e inverosímiles costes que se han cometido en las construcciones penitenciarias en Colombia por falta de arquitectos penitenciarios específicamente preparados*. La precaria construcción de muchos edificios, su absoluta falta de sistemas de seguridad, la construcción de cárceles sin comedores o sin salones para talleres, la utilización de planos de una cárcel de tierra fría para la construcción de otra en tierra caliente, el derrumbe de alguna construcción por falta de estudio previo de la conformación de los suelos, no debe volver a ocurrir en Colombia.

Para la construcción del interior de las nuevas prisiones, las recomendaciones contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto 1.817 de 1964 son realmente insuficientes, y sería recomendable su sustitución por preceptos más precisos y funcionales.

*Falta en la práctica una adecuada clasificación de los internos*. El artículo 24 del Decreto 1.817/64 ordena que en todos los establecimientos de reclusión exista una «absoluta separación entre hombres y mujeres, menores y adultos, detenidos y condenados, cuando no existan establecimientos distintos para el efecto», y el 25 encarga a los Directores de esos centros la clasificación y separación de los reclusos en «agrupaciones homogéneas». Dice Carmona López (*Aportes sobre legislación penitenciaria*, Medellín, 1984) que estas indicaciones, después de 19 años, no han podido cumplirse en muchos establecimientos carcelarios *por falta de edificios adecuados y por el hacinamiento en la mayoría de ellos*. Un mismo establecimiento, afirma, «tiene que servir de penitenciaría, reclusión de mujeres, cárcel del Distrito Judicial, del Circuito y Municipal».

La clasificación previa, en estas condiciones, sólo se realiza siguiendo criterios de peligrosidad y seguridad, tanto del propio recluso

como de los otros internos. Las condiciones de saturación de las prisiones anulan en la práctica la finalidad preventiva que tiene la clasificación previa de los internos y, consecuentemente, anulan toda posibilidad de tratamiento individualizado.

*No se observa en los traslados de detenidos y penados la concurrencia de las mínimas condiciones de seguridad y respeto.* El enunciado de los artículos 335 a 339 del Decreto 1.817 de 1964 no se refiere a las condiciones materiales de los traslados, que son realizados en medios inadecuados, llegándose incluso a utilizar los transportes públicos. Tan sólo en algunos centros existen furgones, adaptados a tal fin.

*Por problemas de hacinamiento, no se cumplen las instrucciones sobre celdas individuales establecidas en las Reglas Mínimas de Ginebra y Estrasburgo.* Conviene realizar su adaptación dentro del amplio programa de reformas materiales sobre establecimientos penitenciarios.

*La participación de los internos en las actividades de la prisión, canalizada a través de los Comités de Internos, puede incrementarse,* y pasar, desde una mera participación consultiva o informativa (ver el Comunicado de la Dirección General de Prisiones en la Revista «Prisiones», núm. 8, Bogotá, junio 1984), a una participación en la toma de decisiones. Las experiencias española, italiana y francesa acerca de la cogestión en actividades y responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural y deportivo, llegándose también al servicio alimenticio de las prisiones, confección del racionado y control de calidad, son realmente positivas.

*Se aprecia una desproporción, en el régimen horario, entre la estancia ociosa en patios y las ocupaciones, señalándose la inexistencia de actividades de tratamiento.* El régimen horario de las prisiones colombianas resalta por la escasa variación y monotonía de las actividades que contempla, hechos que generan una amplia dedicación del interno a la estancia ociosa en patios. El recluso se aleja así de los fines resocializadores de la condena, y se pone en contacto con la realidad delincuente en el interior de la prisión.

*La obligatoriedad del trabajo en prisión alcanza, en contra de lo deseable, a penados y preventivos.* Si bien es muy positiva la variedad de trabajos y ocupaciones que se observan en los centros penitenciarios colombianos, como también lo es la existencia de un régimen de redención de penas por el trabajo o el estudio (regulado por la Ley 32 de 1971, y el Decreto 2.119 de 1977), el régimen laboral en el interior de las prisiones, recogido, en lo que aquí interesa, en los artículos 175, 233 y 269 del Decreto 1.817 de 1964, y que hace obligatorio el trabajo para presos y detenidos no se acomoda a las modernas tendencias penitenciaristas [en las que incluso ha llegado a cuestionarse la obligatoriedad del trabajo para los mismos presos (así, De

La Cuesta, en el colectivo *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985). Está ampliamente admitida hoy la obligatoriedad del trabajo para los presos, pero en modo alguno debe serlo para los detenidos, excepto tareas indispensables del establecimiento, debiéndose establecer, al menos, un orden de prelación, no obligándose al preventivo (sindicado) al trabajo, sino cuando todos los condenados ya lo tengan].

*Todo ello en cuanto resulta evidente la incapacidad del sistema penitenciario colombiano para dar trabajo a todos los internos.*

Se hace preciso, pues, realizar una adecuada prelación de ocupaciones, dando trabajo, en primer lugar, a los condenados y, en la medida en que se encuentren plenamente ocupados, proporcionárselo a los preventivos.

*En cualquier caso, el preso trabajador debe gozar de condiciones laborales similares a las del trabajador libre, pues frecuentemente el preso trabajador no recibe el salario mínimo, rentándole escasamente su obra; no posee seguridad social ni prestación por desempleo, como ocurre en las legislaciones más avanzadas. En la medida en que materialmente resulte posible, es muy conveniente esta equiparación con la situación del trabajador libre.*

*Estos supuestos quedan garantizados si la Administración otorga carácter preferente, en igualdad de condiciones, a los bienes, productos o servicios de los internos, en las adjudicaciones de suministros y obras de las Administraciones públicas.* La planificación del trabajo penitenciario se realizaría así desde la perspectiva de la utilidad nacional, y ello repercutiría muy positivamente en el régimen laboral penitenciario.

*No existe, como regla general, en la práctica, trabajo en régimen abierto, ni medidas de seguridad e higiene en el trabajo.* Ambos supuestos deben cumplirse, no sólo por preceptuarlo expresamente así la legislación penitenciaria, sino por la necesidad de aquel trabajo en régimen abierto para la resocialización del condenado, y la extrema conveniencia de éstas para el correcto funcionamiento de las actividades laborales en prisión.

*La asistencia médica, en enfermerías, no se complementa con los necesarios equipos de observación y tratamiento, compuestos por especialistas médicos, psiquiátricos y psicológicos, entre otros, tan importantes en las tareas de tratamiento.* Efectivamente, los métodos de tratamiento pueden ser, en lo que a este epígrafe interesa, tanto médicos (farmacológicos o quimioterápicos —uso de neurolépticos o antidepresivos—, quirúrgicos), como psicológico-psiquiátricos. En las actuales condiciones de equipamiento de las prisiones colombianas es



imposible, por falta de personal médico especializado, el tratamiento penitenciario.

*El régimen de sanciones es extremadamente severo, y no respeta los derechos fundamentales de los reclusos, siendo un obstáculo a la finalidad resocializadora de la pena.* Los artículos 243 y 289 del Decreto 1.817 de 1964 enumeran, respectivamente, las sanciones que pueden imponerse a detenidos y condenados, en una relación que incluye medidas restrictivas o eliminadoras de las relaciones del interno con el exterior, y medidas restrictivas o privativas de libertad dentro de la privación de libertad, apreciándose una clara contradicción entre esas sanciones y la finalidad resocializadora y readaptadora que debe tener toda pena privativa de libertad.

Más aun cuando se observan sanciones que, por ejemplo, en el actual sistema español serían claramente inconstitucionales. La sanción de permanecer en «posición de plantón» hasta un máximo de tres horas no podría aplicarse en España, donde están prohibidas las penas infamantes o degradantes; la suspensión de las visitas hasta por un mes y la privación del paseo en común, hasta por diez días, no serían del agrado de los legisladores europeos, pese a que en este punto hay división entre las diversas legislaciones; el aislamiento celular hasta por tres meses (y, por supuesto, la posibilidad de imponer ese aislamiento hasta por un año que permitía el Decreto 485 de 1960 en la Isla Prisión de Gorgona y que se utilizó hasta 1982, conforme afirma Emiro Sandoval Huertas en *La región más oscura y más transparente del poder estatal: la disciplina carcelaria*, en «Sistema», núms. 60-61, Madrid, junio de 1984) supera desproporcionadamente el límite más duro establecido en Europa (los excesivos 45 días establecidos en el artículo D. 167 del Código de Procedimiento Penal francés); la privación de la correspondencia hasta por tres meses no se aplica ni a los presos de máxima seguridad en los países europeos, de manera idéntica a lo que ocurre con la privación de visitas hasta por dos meses establecida en la legislación colombiana. El mismo razonamiento hay que utilizar para la descalificación a efectos resocializadores, y aún de régimen interno penitenciario, del artículo 290 del Decreto 1.817/1964, en el que se apareja a la sanción de aislamiento celular la de privación de visitas y envío de correspondencia.

En la regulación del régimen penitenciario ha de establecerse un equilibrio entre la salvaguarda de los derechos humanos de los internos y la necesaria convivencia ordenada en los centros.

*La Administración penitenciaria debe someterse al principio de legalidad en la ejecución de las sanciones, y debe fijar, en aras de la seguridad jurídica, claramente, un catálogo de faltas leves, graves y muy graves, estableciendo las correspondientes sanciones y eliminando las actuales cláusulas abiertas.* En los artículos 291 a 295 del Decreto 1.817 de 1964 se contemplan las infracciones merecedoras de

sanción de manera ambigua e indeterminada, puesto que éstas se enumeran de manera ejemplificativa, con expresiones tales como «entre otras», «por otras como las siguientes», admitiéndose en el artículo 296 del mismo Decreto, y en contra de los más básicos principios de los ordenamientos occidentales, y aun de lo establecido en el artículo 70 del nuevo Código penal colombiano, una amplia utilización de la analogía en la interpretación de las cláusulas punitivas. Todo ello dice muy poco en favor del principio de legalidad en la ejecución de las penas (hay quien considera ese artículo 296 inconstitucional, por ir en contra de los artículos 23 y 28 de la vigente Constitución colombiana —así, Emiro Sandoval Huertas, en *op. cit.*—), y debe ser sustituido por una enumeración clara y precisa de infracciones y sanciones correspondientes, prohibiéndose expresamente la analogía.

*Los permisos de salida, instrumentados por el Decreto 815, de 5 de abril de 1984, deben ponerse en práctica efectiva.* La concesión de permisos de salida a los internos es de gran utilidad para que éstos se acerquen al mundo libre y puedan readaptarse a la vida en libertad. El temor a fugas no puede ser un obstáculo para su adopción efectiva, ya que la experiencia española o francesa ha sufrido un mínimo índice de fracasos (alrededor del 2 por 100. Ver García Valdés: *Informe General*, 1979, y Direction del'Administration Penitentiaire: *Rapport general sur l'exercice*, 1976).

*La censura y restricciones a las comunicaciones de los internos con el mundo exterior van en contra de la finalidad resocializadora de la pena.* Con independencia de lo ya establecido, las comunicaciones entre reclusos y mundo exterior deben existir, y realizarse de la manera en que se respete al máximo su intimidad, no debiendo tener más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las que exijan razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. No se entiende, así, la prohibición de las comunicaciones telefónicas, ni la censura de las escritas. El artículo 38 de la vigente Constitución colombiana establece claramente los casos y formalidades en que puede intervenir la comunicación escrita, y los artículos 56 h) ó 206 del Código 1.817 de 1964 deben interpretarse desde ese contenido de la norma suprema.

*La realización de las visitas íntimas en la misma celda no se corresponde con las exigencias de una regulación penitenciaria avanzada.* Neuman, en *El problema sexual en las prisiones* (Buenos Aires, 2.<sup>a</sup>, 1982) critica acertadamente estos sistemas de visitas en la propia celda, propugnando permisos temporales de salida o, en todo caso, el sistema norteamericano —y hoy también en España— de utilización de pabellones anejos especiales para tal fin (ver Hopper: *Conyugal visiting at the Mississippi State penitentiary*, en «Federal Probation», junio de 1965). *Esta reforma debe realizarse en la nueva planificación de establecimientos penitenciarios.*

*Debe incrementarse la atención educativa a la población reclusa, mejorando los medios materiales que hoy se poseen.* En 1981, el 8,2 por 100 de los reclusos colombianos eran analfabetos absolutos, el 4 por 100 sabían leer y escribir mínimamente, y el 51 por 100 no habían llegado a terminar la enseñanza primaria (ver Yolanda Gómez de Ospina: *La educación en los establecimientos carcelarios*, en Revista «Prisiones», citada). El escaso número de educadores actualmente existentes para proporcionar educación a los reclusos, el deficiente material y los problemas de instalaciones, hacen necesaria una mayor atención a este aspecto, toda vez que es imprescindible para lograr la efectiva resocialización de los internos.

*No existe tratamiento, ni equipos calificados de especialistas que lo realicen, ni siquiera planificación del mismo.* Los ordenamientos europeos otorgan primordial importancia, en la regulación penitenciaria, a las tareas de tratamiento, por ser las más idóneas para lograr la efectiva resocialización de los reclusos. En el sistema carcelario colombiano no existen más pedagogos que los educadores (y éstos, como quedó ya de manifiesto, escasos), ni, por regla general, psicólogos penitenciarios, ni criminólogos, ni sociólogos trabajando en prisiones, y no hay más equipos de especialistas médicos que los que atienden las enfermerías penitenciarias. *Tampoco existe un Cuerpo Técnico, integrado por personal cualificado, de nivel superior,* que integre a estos especialistas en la mejor consecución de los fines que asume el sistema penitenciario colombiano. La significación positiva que tuvo el Decreto 1.985 de 1966, que creó el Centro de Observación, Clasificación y Rehabilitación, no ha podido desarrollarse por falta de acomodación a las realidades concretas colombianas, por lo que se derogó. Urge introducir en la regulación penitenciaria colombiana la noción y contenido del tratamiento penitenciario, para lo que deben establecerse las adecuadas condiciones de clasificación (lo que requiere edificios adecuados) y los necesarios medios materiales y humanos.

*El control de la actividad penitenciaria no se realiza por una jurisdicción especializada, que no existe,* si bien un adecuado servicio de la «Sección de Visitadores» contemplada en el artículo 46 del Decreto 1.817 de 1964, y del Abogado Procurador (art. 61 del mismo Decreto), así como la útil práctica que están realizando los asistentes jurídicos de cada prisión, puede conseguir un efectivo control que tienda a lograr el respeto debido a los derechos de los reclusos.

Las anteriores consideraciones se realizan no sólo desde los ojos de un penalista europeo que ha dedicado gran parte de su obra al penitenciarismo, y que ha realizado la reforma penitenciaria española de 1979. Reconocidos autores de la doctrina colombiana han detectado, en esquema, algunos de los problemas que aquí, sistemática y globalmente, se han expuesto. Así, se ha pedido la reorganización de las colonias agrícolas, el impulso de un activo programa de cons-

trucciones, la modificación de la ley procedimental, la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración, la instauración del régimen abierto, la protección de la industria carcelaria, la efectiva consecución de las libertades preparatoria y condicional, hasta ahora no llevadas a cabo, aunque sin establecer un programa minucioso de reformas que es el que, a partir de la actual situación del sistema carcelario colombiano, se pretende ofrecer aquí, con la voluntad de perfeccionar el penitenciarismo actualmente existente, tarea a la que he dedicado una buena parte de mi vida y obra.

## II. PROPUESTAS CONCRETAS DE ADAPTACION DEL SISTEMA CARCELARIO DE COLOMBIA A LAS TENDENCIAS PENITENCIARISTAS MAS RECIENTES

1. Reconocimiento constitucional, además del ya existente principio de legalidad de las penas, de la garantía jurisdiccional y el principio de legalidad en la ejecución, recomendándose la plasmación constitucional de los principios generales del ordenamiento penitenciario y, concretamente, su finalidad reeducativa y de orientación a la reinserción social.

2. Elaboración de un cuerpo normativo penitenciario homogéneo, actualizado, coherente, y con rango formal de Ley, que contemple los avances técnicos, materiales y legislativos de la ciencia penitenciaria, avalados por la ya larga práctica de los países europeos más avanzados.

3. Adopción del sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales es la libertad condicional, para la ejecución de las penas de privación de libertad.

4. Realización de estas adaptaciones del sistema penitenciario en armónica relación con la reforma general del sistema de Administración de Justicia, para no causar disfuncionalidades.

5. Dotación al sistema penitenciario de los suficientes medios, materiales y humanos, para la consecución práctica de esas reformas formales.

6. Logro de un correcto sistema de clasificación en las prisiones, estableciéndose la adecuada separación entre hombres, mujeres y jóvenes; condenados y preventivos; primarios y reincidentes; única posibilidad de evitar el contagio criminógeno en el interior de las prisiones, y requisito imprescindible para la realización de adecuados programas de tratamiento. Ello debe realizarse al tiempo que se disminuye la población de cada establecimiento, hasta las cifras internacionalmente vigentes, y se consigue la efectiva ocupación, laboral o educativa, de los reclusos.

*Esta propuesta debe analizarse desde la necesaria creación de nuevos establecimientos penales, y formación de personal técnico, supuestos a los que se hace a continuación referencia.*

7. *Construcción de nuevos edificios penitenciarios* para resolver los problemas de hacinamiento —y sus inmediatos efectos criminógenos— en los ya existentes, *realizando los nuevos centros en función de un plan de construcciones* en el que se prevean los distintos tipos de establecimientos y regímenes que han de poseer, instalando las necesarias medidas de seguridad e instalaciones básicas para el cumplimiento de los programas de tratamiento, realizándose tanto establecimientos específicos para preventivos, como estrictamente de cumplimiento, y observando en éstos sus distintos regímenes, sin que falte señalar la necesaria construcción de una adecuada red de establecimientos especiales.

8. *Reforma y adaptación de los edificios penitenciarios actualmente existentes*, de conformidad con lo establecido en la propuesta anterior.

9. Realización de una adecuada clasificación de los internos, cumpliendo en la práctica lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 1.817 de 1964, para lo que es necesario *disponer de establecimientos adecuados*, que deben realizarse de conformidad con lo prevenido en las propuestas seis y siete.

10. Incremento de las condiciones de seguridad en los traslados de presos o detenidos, creando un sistema que garantice, al tiempo, el respeto a su dignidad.

11. Alojamiento de los internos, en la medida de lo posible, en celdas individuales, de conformidad con las regulaciones de los ordenamientos más avanzados, si bien ello necesita previamente, a la vista de los problemas actuales, *una política de construcción de nuevos establecimientos*.

12. Incremento de la participación de los internos en la toma de decisiones, potenciando los Comités de Internos de cada área, y asignándoles responsabilidades concretas, con el peso específico que se establezca, si bien es deseable, a efectos de los fines resocializadores, el logro del sistema de coestión.

13. Modificación de los actuales horarios de las prisiones colombianas, con la necesaria incorporación de las actividades de tratamiento a la vida carcelaria, como luego se indicará, reduciéndose, en todo caso, la estancia ociosa en patios, y propiciándose el incremento de las tareas laborales y educativas.

14. Debe cumplirse estrictamente la oferta de trabajo para todos los condenados, en tanto que evita un ocio criminógeno en las priso-

nes y posibilita la redención de penas. Este trabajo debe ser efectivo y obligatorio para todos los condenados, proporcionándose a los preventivos exclusivamente a título voluntario, salvo los servicios mecánicos del centro. En todo caso, las condiciones del preso trabajador deben tender a la equiparación, en la medida de lo materialmente posible, con las del trabajador libre.

15. La Administración colombiana puede planificar la actividad laboral de las prisiones hacia tareas de interés nacional si se compromete a dar preferencia, en igualdad de condiciones, a los bienes, productos o servicios obtenidos por el trabajo de los internos, en las adjudicaciones de suministros y obras que hagan las diversas Administraciones públicas.

16. Adopción de efectivas medidas de seguridad e higiene en los diversos trabajos que se realizan en prisión, debiendo posibilitarse igualmente la efectiva realización de trabajo en régimen abierto, al amparo del sistema de franquicia preparatoria, adaptándolo al modelo europeo.

17. Los medios humanos, cuya necesidad se propugnaba en la propuesta cinco, deben comprender inexcusablemente unos equipos de especialistas, médicos, psiquiátricos y psicológicos que complementen el servicio médico penitenciario e integren, con otros técnicos, los correspondientes Equipos de Observación y Tratamiento.

18. Modificación del régimen de sanciones actualmente vigente, expresando claramente el catálogo de infracciones, clasificadas en leves, graves y muy graves, y señalando los correspondientes correctivos precisos, y rechazándose expresamente la posibilidad de extensión analógica en la punición, y erradicándose las sanciones que afecten a los derechos fundamentales de los internos, y las infamantes y degradantes.

19. Práctica efectiva de los beneficios penitenciarios ya regulados, con concesión de permisos de salida a los internos que los merezcan, y del régimen de libertad y franquicia preparatorias en los casos en que, según su regulación legal, procedan, sin que quepa su no aplicación por los Tribunales.

20. Autorización de las comunicaciones entre el recluso y el mundo exterior, sin más restricciones que las que exijan razones de seguridad y el buen orden del establecimiento, convirtiéndose en excepcional la actualmente habitual censura de la correspondencia y sanción de privación de la correspondencia.

21. Construcción de establecimientos anejos a los centros de reclusión, dentro de la planificación contenida en la propuesta siete, para la realización de las visitas conyugales o íntimas, proscribiéndose el actual régimen de realización de estas visitas en la propia celda.

22. Mejora de la atención educativa a los internos, potenciando la presencia de educadores en las prisiones, y ampliando la dotación para materiales educativos y establecimientos.

23. Regulación, legal y material, del tratamiento penitenciario, con la consiguiente creación de un Cuerpo Técnico y Equipos de Observación y Tratamiento que posibiliten la mejor consecución del fin resocializador de la pena de privación de libertad.

24. Reconocimiento de una instancia de control de la actividad penitenciaria, administrativa o preferentemente judicial, que garantice efectivamente los derechos de los internos.





## SECCION LEGISLATIVA

### Disposiciones (\*)

**Sumario: Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto. Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal. Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (\*\*).**

---

(\*) Esta sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, Profesor de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

(\*\*) A continuación se referencian otros textos de interés, cuyo contenido no se incluye en esta sección por motivos de espacio: a) *Disposiciones*: Ley 34/1987, de 26 de diciembre («BOE» núm. 312, de 30 diciembre 1987), de potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de suerte, envite o azar. RD 20/1988, de 15 de enero («BOE» núm. 18, de 21 enero 1988), por el que se aprueba el Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia. **Convenio** entre el Reino de España y la República Popular Húngara, hecho en Budapest el 10 de mayo de 1985 («BOE» núm. 25, de 29 enero 1988), sobre extradición y asistencia judicial en materia penal. RD 34/1988, de 21 de enero («BOE» núm. 26, de 30 enero 1988), por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales. **Orden** del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 febrero 1988 («BOE» núm. 59, de 9 marzo 1988), reguladora de la enajenación de labores de tabaco intervenidas o decomisadas en procedimiento de contrabando. **Acuerdo** hispano-portugués, hecho en Lisboa el 27 de enero de 1987 («BOE» núm. 41, de 17 febrero 1988), sobre cooperación en materia de lucha contra la droga. b) *Proyectos*: **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV), de reforma parcial de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia («BOC», de 28 diciembre 1987 Serie B, núm. 96-1). **Proposición de Ley Orgánica**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación de la Ley de Caza en materia de reincidencia («BOC» de 17 diciembre 1987, Serie B, núm. 93-1). **Proposición de Ley Orgánica**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación de los artículos 42 y 43 de la Ley de Caza («BOC» de 17 diciembre 1987, Serie B, núm. 94-1). **Proposición de Ley Orgánica**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación del Código penal en materia de detenciones ilegales («BOC» de 17 diciembre 1987, Serie B, núm. 91-1). **Tratado** entre España y los Estados Unidos Mexicanos sobre ejecución de sentencias penales, hecho en México el 6 de febrero 1987 («BOC» de 31 diciembre 1987, Serie C, núm. 160-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario CDS, de derogación del artículo 294 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia («BOC» de 16 enero 1988, Serie B, núm. 98-1). **Convenio** Europeo, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo 1972, sobre transmisión de procedimientos en materia penal («BOC» de 2 febrero 1988, Serie C, núm. 165-1). **Proyecto de Ley** de Planta y Organización de la jurisdicción militar («BOC» de 13 febrero 1988, Serie A, núm. 72-1). **Proposición de Ley Orgánica**, presentada por el Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, de modificación de la pena impuesta por los malos tratos a cónyuges o hijos menores

**LEY 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto («B.O.E.» núm. 13, de 15 enero 1988).**

*Artículo primero*

Se adiciona a la Ley estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, de 18 de junio de 1870, el siguiente artículo:

«Artículo 28.—Los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2.º del Código penal se tramitarán en turno preferente cuando los informes del Ministerio Fiscal y del establecimiento penitenciario y del ofendido, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal.

También se tramitarán en turno preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia.»

*Artículo segundo*

Los artículos 3 y 9 de la Ley, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, quedarán redactados de la siguiente forma:

«Artículo 3.—Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código penal.»

«Artículo 9.—El indulto no se extenderá a las costas procesales.»

*Artículo tercero*

1. En los artículos 20, 22, 23 y 26 de la misma Ley, las palabras «Ministerio de Gracia y Justicia» quedan sustituidas por «Ministerio de justicia».

2. En el artículo 24, las palabras «parte agraviada» quedan sustituidas por «parte ofendida».

3. En el artículo 30, la palabra «Gaceta» queda sustituida por «Boletín Oficial del Estado», y las palabras «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros», por «Real Decreto».

4. En el artículo 15 se suprimen las palabras «se exceptúan los casos de indulto general».

5. Se suprime el artículo 28.

6. En el artículo 2 se suprimen las palabras «o del Consejo de Estado».

7. En el artículo 11 se suprimen las palabras «y del Consejo de Estado».

8. En el artículo 29 se suprimen las palabras «ni al Consejo de Estado».

#### DISPOSICION TRANSITORIA

Esta Ley será de aplicación a los expedientes de indulto en tramitación, formándose la relación ordenada de los que presenten los requisitos exigidos en el

---

comprendidos en el artículo 583 Código penal («BOC» 26 de febrero 1988, Serie B, núm. 105-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación del artículo 563 bis b) del Código penal («BOC» de 26 febrero 1988, Serie B, núm. 102-1).

Servicio correspondiente del Ministerio de Justicia, para su elevación al Consejo de Ministros.

#### DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

#### **Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal («BOC» de 17 diciembre 1987, Serie A, núm. 67-1).**

##### *Artículo único*

Los siguientes artículos del Código penal quedan redactados en los términos que a continuación se expresan:

Artículo 10, núm. 15

Se introduce como penúltimo párrafo el siguiente:

La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

Artículo 57 bis a)

Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal.

Artículo 57 bis b)

1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a) serán circunstancias cualificativas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo anterior. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1.º y 2.º, del Código penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a).

Artículo 98 bis

Los condenados por los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a) podrán obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias de los apartados 1 b) o 2 del artículo 57 bis b) y hubiesen cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.

**Artículo 174**

Se introduce, antes del último párrafo del artículo 174, el siguiente y nuevo número 3.º

3.º A los promotores y directivos de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos, las de prisión mayor en su grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. A los integrantes de las citadas bandas y organizaciones la de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

**Artículo 174 bis a)**

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

**Artículo 174 bis b)**

El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor.

**Artículo 233**

Se añade el siguiente párrafo final:

Iguales penas se impondrán a quienes, como integrantes de una banda armada u organización terrorista o rebelde o en colaboración con sus objetivos o actividades atentaren contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales.

**DISPOSICIÓN FINAL**

Queda derogada 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.

**Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal  
(«BOC» de 17 de diciembre 1987, Serie A, núm. 66-1).**

*Artículo primero*

Los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedan redactados en los términos que a continuación se expresan:

**Artículo 384 bis**

Firme un auto de procesamiento por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armada o elementos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo.

**Artículo 540 bis**

Cuando, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiese acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación no se llevará a cabo, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal.

**Artículo 520 bis**

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez competente que decrete su incomunicación. Solicitada ésta, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez acuerde o deniegue la incomunicación en resolución motivada que tendrá lugar dentro de las veinticuatro horas siguientes.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir la 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.

**Artículo 533 bis**

En casos de excepcional urgencia y necesidad no comprendidos en el artículo anterior, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se oculten o refugiasen, así como el registro de dichos lugares y la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallaren y que pudieran guardar relación con el delito. En estos supuestos, el Delegado del Gobierno o el Gobernador Civil de la Provincia comunicarán inmediatamente al Juez competente el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieren practicado.

**Artículo 779**

Se añade un párrafo tercero del siguiente tenor:

Tercero. Los delitos a que se refiere el artículo 384 bis.

*Artículo segundo*

Se añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal una Disposición Transitoria con la siguiente redacción:

Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

**DISPOSICION ADICIONAL**

Las referencias a la norma de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución se entenderán hechas a esta Ley Orgánica.

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

## ALGUNAS CUESTIONES PENALES Y PROCESALES SOBRE LOS REQUISITOS EXCLUYENTES DE LA PUNIBILIDAD EN EL ABORTO POR INDICACION ETICA

### Consulta núm. 4/87, de 14 de noviembre

#### I

Del escrito objeto de la Consulta y de la documentación acompañada al mismo se extraen los siguientes antecedentes de hecho.

1. El 23 de octubre de 1986 compareció ante el Juzgado de Instrucción de guardia de Valladolid una mujer mayor de edad, vecina del próximo pueblo de Laguna de Duero, exponiendo que se halla separada legalmente de su esposo desde hace dos años, pero que, por el bien de sus hijos menores, habían decidido seguir viviendo en el mismo domicilio; que la comparecencia tiene por objeto denunciarle por delito de violación del que ha sido víctima el pasado 16 de agosto de 1986, fecha en la que, encontrándose ambos en el salón de la casa, su ex esposo la instó a tener relaciones sexuales, a lo que la denunciante se negó en principio, pero accediendo a ello después porque le tiene pánico y para que no se enfureciera más y no la pegara. Como consecuencia de esta relación sexual no querida quedó embarazada. Y la denuncia se produce ahora porque hace unos días en Planificación Familiar de Valladolid, tras ratificarle su embarazo, la indicaron que para practicarle el aborto, que ella deseaba, debería formular denuncia. Insistió ante el Juzgado en que no quería que se castigara a su ex marido, pero sí que se realicen los trámites oportunos para poder interrumpir legalmente el embarazo.

2. Unos días después, concretamente el 27 de octubre de 1986, solicitó del Juzgado certificación de haber presentado denuncia por violación para que los organismos competentes del INSALUD pudieran autorizar el aborto. La interrupción voluntaria del embarazo se llevó a cabo el 5 de noviembre de 1986 en la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social de Soria, una vez presentada fotocopia de la denuncia por violación y justificado por ecografía que no se habían cumplido las doce semanas de embarazo y tras el informe preceptivo de la Comisión de evaluación del Centro sanitario reunida el 2 de noviembre de 1986. Intervinieron en la práctica del aborto dos médicos ginecólogos y otro anestésista.

3. El 24 de octubre de 1986 el Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid inicia las diligencias previas número 2.966/1986 por delito de violación en las que, una vez que se practican las oportunas diligencias de prueba, se dicta auto el 21 de noviembre de 1986 sobreseyéndolas provisionalmente conforme al

artículo 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque la investigación realizada no ha permitido conocer la identidad de las personas que intervinieron en los hechos constitutivos de delito, y acordando, por tanto, el archivo. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación el 27 de noviembre de 1986 a fin de que tuviera lugar una diligencias de careo, y una vez practicada ésta se dicta auto el 10 de diciembre de 1986 transformándose las previas en el sumario ordinario número 97/1986 por si los hechos integraban delito de violación; con la misma fecha se dictó auto de conclusión del sumario.

En este sumario 97/1986 instruido por violación recayó auto de la Audiencia Provincial de Valladolid en el que se acordó el sobreseimiento provisional del artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. En el mismo auto de 10 de diciembre de 1986, en que el Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid resolvió transformar las diligencias previas en sumario por violación, se ordenó deducir testimonio de particulares y remitirlos al Juzgado de Instrucción de Soria, al poder ser constitutivos los hechos de un delito de aborto. El Juzgado de Instrucción de Soria inició con aquel testimonio de particulares diligencias previas 1.124/1986, el 16 de diciembre de 1986, por presunto delito de aborto, concluyéndolas por auto de 7 de julio de 1987, a tenor de lo dispuesto en el artículo 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordando el archivo de las actuaciones, dado que el hecho denunciado no reviste caracteres de infracción penal. Este auto ha sido recurrido por el Ministerio Fiscal el 25 de julio de 1987 para que se practiquen determinadas diligencias.

5. Reunidos en Junta, los Fiscales de Soria, por acuerdo unánime opinaron que la violación denunciada y que dio lugar al sumario 97/1986 del Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid, es un hecho simulado, por lo que debe perseguirse el aborto practicado en Soria a la denunciante de la violación. Pero como la causa por violación se sobreseyó provisionalmente por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se plantea el tema de si para proceder por el delito de aborto se requiere que el sumario por violación esté sobreseído libremente —que es la opinión mantenida en la Consulta— en evitación de posibles resoluciones contradictorias, ya que la existencia o no de la violación es condición básica del posible delito de aborto. Para ello entiende que se debe reabrir el sumario sobreseído por violación y una vez abierto solicitar el sobreseimiento libre, en razón a que la denunciante no fue reconocida por el Médico forense y no se comprobó su embarazo ni el desenlace de éste.

## II

Los requisitos comunes al aborto no punible están expresados en el artículo 417 bis del Código penal, y son los siguientes: que sea practicado por un médico o bajo su dirección; que tenga lugar en Centro o Establecimiento publico o privado acreditado, en los términos prevenidos en los artículos 1 y 3 de la Orden de 31 de julio de 1985 (vigente en tanto se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto de 21 de noviembre de 1986 destinado a derogarla), y que medie consentimiento expreso de la mujer embarazada.

Los presupuestos específicos que condicionan la no punibilidad del aborto por indicación ética se recogen en el artículo 417 bis 2, y son éstos: que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación del artículo 429; que el



aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación, y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

De los datos de hecho acompañados a la Consulta resultan directamente acreditados los dos primeros requisitos comunes. No el relativo al «consentimiento expreso de la mujer embarazada», previo a la práctica del aborto. Sin embargo, sí parece justificado, aunque no documentalmente en los procedimientos penales, un consentimiento personal de la interesada, pues ésta exteriorizó su voluntad de que la interrumpieran el embarazo. Y así se expresó ante el Juzgado al formular la denuncia el 23 de octubre de 1986 y al recoger certificación de la denuncia el 27 de octubre de 1986 como trámite formal previo para la práctica del aborto. No hay un documento redactado con este fin, pero sí aparece en los hechos analizados un consentimiento verbal expreso emitido con el fin de que le fuera interrumpido el embarazo.

También está justificado, cualesquiera sea el *dies a quo* a tener en cuenta (el de la fecundación o seis días después, con la anidación) que el aborto tuvo lugar dentro de las doce primeras semanas de gestación, pues la duodécima semana a partir del 16 de agosto de 1986 no termina hasta el 8 de noviembre de 1986 y el aborto se produjo tres días antes. Y como la violación entre ex cónyuges no ofrece particularidad alguna al haber desaparecido con la separación legal el *ius in corpus* y el débito conyugal, sólo procede aquí el análisis de los otros dos requisitos privativos del aborto por indicación ética, esto es, que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación y que este hecho haya sido denunciado:

1. *Que el hecho haya sido denunciado.* La denuncia indudablemente ha existido. Se realizó el 23 de octubre de 1986 por la agraviada ante la autoridad judicial competente por el presunto delito de violación. Así, la denuncia fue hecha por persona legitimada para ello conforme al artículo 443, párrafo primero, del Código penal, con lo que se cumple el requisito de procedibilidad requerido. El hecho de manifestar seguidamente su deseo de no sancionar por el hecho a su ex esposo es irrelevante, pues aunque pueda representar un perdón implícito, en el delito de violación el perdón del ofendido mayor de edad no extingue la acción penal (art. 443, párrafo último del Código penal).

Mas el requisito de la denuncia ofrece algunas cuestiones no resueltas de modo explícito en la norma. Por lo menos, éstas:

a) ¿Basta el hecho de formalizar la denuncia en cualesquiera de las formas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal? ¿O es indispensable una denuncia que haya determinado la apertura de un procedimiento penal típico? Desde luego, la denuncia cuyo resultado sea el previsto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es suficiente por cuanto no da lugar a procedimiento alguno. Por supuesto, y aunque el artículo 417 bis, 2, mencione sólo la denuncia, no está excluido el otro modo de iniciarse los procesos por delitos semipúblicos (la querrela), pero, como para la denuncia expresa el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si a la presentación de la querrela ha seguido auto de inadmisión por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), tampoco será ésta suficiente a los fines de poder construir un aborto no punible. Es indispensable que se trate de denuncias o querrelas admitidas y tramitadas. Este carácter revisten los hechos objeto de la Consulta, porque la denuncia dio lugar a diligencias previas y después a la incoación de un sumario ordinario. La sentencia del Tribunal Constitucional

53/1985, de 11 de abril, no aclara el punto aquí cuestionado, pues sólo dice que «entiende este Tribunal que la denuncia previa es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho» (Fundamento jurídico 12, párrafo penúltimo).

b) El momento o tiempo en que ha de formalizarse la denuncia. ¿Inmediatamente después de acaecer el hecho delictivo denunciado? ¿Sólo será válida la realizada antes de conocerse el embarazo y *ad cautelam* de éste? ¿Es bastante con que sea anterior a las doce semanas? Como el artículo 417 bis dice tan sólo que el hecho haya sido denunciado, reputamos válida toda denuncia anterior al aborto si éste tiene lugar en el improrrogable plazo previsto, y es, por supuesto, eficaz aquella denuncia que se formula a partir del conocimiento del embarazo.

Hasta aquí la solución de la Consulta no ofrece especiales dificultades, lo que conduce a la no punibilidad del aborto practicado, ya se valore la conducta de quienes lo realizaron o la de la mujer a quien le interesaba. Si las presenta la interposición del otro requisito que analizamos por separado.

2. *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación del artículo 429.* Juzgamos ineliminable, en primer lugar, que medie congruencia entre la fecha en que tuvo lugar el hecho denunciado y la de la iniciación de la gestión, para así poder excluir las posibles violaciones de mujeres ya embarazadas, pues, evidentemente, este estado no sería consecuencia de la violación denunciada. Pues bien, partiendo de esta relación temporal directa entre hecho denunciado y embarazo ¿qué significado debe darse al giro de que éste sea consecuencia de «un hecho constitutivo de violación»? Realmente sólo puede decirse que el hecho es constitutivo de violación en un momento muy posterior a la denuncia y sólo en estos tres casos: cuando haya recaído sentencia firme en que así lo declare, que se haya dictado auto de sobreseimiento libre del artículo 637.3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuando la causa fuere sobreseída provisionalmente conforme al artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado, en este último supuesto, que la indeterminación del autor, constando la evidencia del delito, no debe impedir los efectos despenalizadores del aborto. Al menos dos de estos resultados procesales es muy difícil que se produzcan antes de que el aborto se practique, si tenemos en cuenta, de un lado, que una denuncia capaz de legitimar el aborto puede presentarse muy poco tiempo antes de la interrupción del embarazo, y de otro, la duración de los procedimientos penales ordinarios. Precisamente a esta idea se acude en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril para estimar suficiente la denuncia, afirmando que la comprobación judicial del delito de violación antes de la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entrarían en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla (Fundamento jurídico 12, párrafo penúltimo).

Según los hechos que nos suministra la Consulta, el aborto tuvo lugar el 5 de noviembre de 1986, momento en que los hechos denunciados se investigaban en procedimiento de diligencias previas, que tiene como exclusiva finalidad determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él han participado (art. 789, párrafo inicial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Así la denuncia originó un procedimiento penal, en tramitación al tiempo del aborto. Esto, unido a la prestación del consentimiento por la interesada, es bastante para entender que no existe responsabilidad alguna para las personas que intervinieron el aborto.

Pero ¿y si después de las doce semanas, o de practicarse el aborto, no sólo no se confirma la existencia del delito, sino que se declara bien la inexistencia de los hechos o de que éstos no constituyen delito, esto es cuando el proceso se integren claramente en aquella estructura delictiva? En estos casos ¿podrá procederse por aborto punible contra la mujer denunciante de la violación, que es precisamente, lo que se sostiene en la Consulta? Si partimos de la inexistencia de los hechos o de que éstos no constituyen delito, esto es, cuando el proceso a que dio lugar la denuncia termine por auto de sobreseimiento libre de los números 1 y 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o por sentencia absolutoria declarativa de que no tuvo lugar la violación, ciertamente el comportamiento de la mujer denunciante sería punible como aborto ilegal en concurso con el tipo del artículo 338; en concurrencia con la simulación de delito y no con la denuncia falsa del artículo 325, pues aunque se haya suprimido la eficacia extintiva del perdón en el delito de violación, sigue siendo delito semipúblico (art. 443) y, por tanto, no perseguible de oficio como exige, sin embargo, el artículo 325 para la denuncia falsa. Esta sería la abstracta tipicidad. Pero en el caso concreto de la Consulta ¿se ha confirmado después de practicado el aborto la inexistencia de los hechos o que éstos no constituyan delito de violación? Anotemos que se ha producido una situación procesal verdaderamente contradictoria durante la tramitación del procedimiento iniciado tras la denuncia. En efecto, las diligencias previas se concluyeron por auto de 21 de noviembre de 1986 en base al artículo 789.1, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al estimarse por el Juez que el hecho denunciado era constitutivo de delito, pero no constaba autor conocido; luego de practicarse una diligencia de careo interesada por el Ministerio Fiscal en su recurso de reforma, las previas se transforman en sumario ordinario y concluido éste el 10 de diciembre de 1986 se eleva a la Audiencia, quien dicta auto de sobreseimiento provisional del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al no estar suficientemente justificada la perpetración del delito. Resulta, pues, que el Juzgado al sobreseer provisionalmente por el artículo 789.1, párrafo segundo —que es precepto paralelo al del artículo 641.2— entendió que existía delito, pero no autor, y la Audiencia, por su parte, estimó no hallarse acreditado del todo el delito de violación. Sin embargo, esa contradicción se salvó porque el auto de archivo dictado en diligencias previas no fue consentido por el Ministerio Fiscal, e iniciado después sumario ordinario, tras concluirse, se sobreseyó por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A esta última decisión hay que estar, y preguntarse si tal modalidad de sobreseimiento excluye para la denunciante la punibilidad del aborto por motivación ética, al cumplirse con él el requisito de que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación.

Como ya con anterioridad se ha dicho, entendemos que los supuestos que no cumplen esta condición son los procedimientos penales que terminan por sentencia en la que se declare la inexistencia del delito o por autos de sobreseimiento libre de los números 1 y 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, únicas resoluciones tras las que puede afirmarse con seguridad que el hecho denunciado no se perpetró o que existiendo no constituye delito. En el caso del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se trata de la inexistencia del hecho —como ocurre en el artículo 637.1—, sino de la falta de indicios bastantes capaces de conformar todos los elementos del tipo de que se trate. Aunque

se desconocen los antecedentes del auto de sobreseimiento de la Audiencia de Valladolid, quizás en el hecho que motiva la Consulta no pudo justificarse suficientemente el requisito de la fuerza o intimidación del artículo 429.1 del Código penal.

Cuestión relacionada con la anterior es la de si los autos de archivo que, eventualmente, puedan recaer en diligencias previas tal como prevé el artículo 789.1, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, revisten la misma naturaleza que el auto de sobreseimiento provisional del artículo 641.1, que concluye los sumarios, o si, por el contrario, dada la similitud de los términos empleados en los artículos 789.1 y 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ambos casos se trata de autos definitivos, con lo que si una denuncia por violación concluyera archivada en previas por el artículo 789.1 sería acto procesal hábil para perseguir a la denunciante por delito de aborto.

El artículo 789.1 dice en su párrafo inicial que si el Juez «estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, mandará archivar las actuaciones»; y el artículo 637.2 dispone que procede el sobreseimiento libre «cuando el hecho no sea constitutivo de delito». Mas a pesar de la semejanza de las expresiones hay que concluir afirmando la provisionalidad del auto de archivo del artículo 789.1. La letra de este precepto nada aclara en cuanto ordena que el Juez «mandará archivar las actuaciones», mas sin especificar la naturaleza provisoria o definitiva del archivo. La interpretación lógica y sistemática nos lleva a la conclusión de la no definitividad del auto de archivo dictado conforme al artículo 789.1, primer inciso. He aquí las razones: En primer lugar, porque tratándose de una decisión adoptada en diligencias previas, no parece viable un archivo definitivo cuando aquéllas suponen un procedimiento preliminar de otros procedimientos. En segundo término, porque el artículo 789.1, inciso segundo, declara que cuando «no hubiere autor conocido acordará el sobreseimiento provisional, *ordenando igualmente el archivo*»; luego si a este tipo de sobreseimiento provisional sigue el archivo éste será provisional, y con la palabra *igualmente* se está remitiendo al párrafo anterior (art. 789.1, párrafo primero); en tercer lugar, porque en el artículo 789.1, inciso inicial, se trata de una apreciación o estimativa subjetiva del Juez que archiva («... si estimare que el hecho...») tras el examen de un material instructorio elemental, en tanto que el artículo 637.2 contempla una declaración del Tribunal a la que ha precedido una investigación total marcada sobre los hechos objeto de las actuaciones. Y, por último, porque contra el auto de archivo del artículo 789.1 caben los recursos de reforma y apelación (artículo 789, último párrafo) y contra el auto de sobreseimiento libre, en cuanto definitivo, sólo procede interponer el recurso de casación (art. 636) con los límites del artículo 848.

### III

El sobreseimiento provisional del artículo 641.1 se acuerda cuando concluida la investigación no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a la formación del sumario; y como supone sólo una paralización o suspensión del procedimiento, es posible instar la reapertura sumarial —siempre que no hayan transcurrido los plazos de prescripción— si aparecen nuevos elementos probatorios de entidad suficiente para acreditar, bien el dato positivo de

la existencia del delito que determinó la apertura o el negativo capaz de constar con claridad que el hecho denunciado no tuvo lugar, supuesto éste que podría conducir a dictar auto de sobreseimiento libre (art. 637.1,2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el caso de la Consulta si el Tribunal acordó el sobreseimiento provisional del artículo 641.1 fue porque el Ministerio Fiscal, analizando las diligencias de prueba de variada naturaleza contenidas en el sumario, así lo interesó (art. 627, párrafo último), con lo que estuvo conforme el Tribunal, pues en otro caso podría haber optado por la renovación (art. 630). Para la reapertura de un sumario en el que hubo conformidad entre el Ministerio Fiscal y el Tribunal en orden a su archivo, y cuya finalidad sea obtener un auto definitivo de sobreseimiento libre, parece indispensable una prueba sólida de que no existió el delito de violación, y en la Consulta, a pesar de afirmarse que la violación fue un hecho simulado, las diligencias que se proponen para instar la reapertura afectarían más que a la existencia o a los elementos del acto delictivo denunciado —como podrían ser la falta de actos de compulsión actuantes sobre la voluntad de la mujer— a las consecuencias del mismo —no comprobación del embarazo y desenlace de éste—. Sin embargo, en el sumario seguido por aborto consta la existencia del embarazo y la interrupción voluntaria de éste con observancia de los trámites prevenidos en el artículo 417 bis y la Orden de 31 de julio de 1985.

En conclusión, en el caso objeto de la consulta, concurren los presupuestos que excluyen la punibilidad del aborto practicado por indicación ética y, en particular, los específicamente cuestionados:

— En primer lugar, porque están cumplidos los requisitos de la condición de procedibilidad en que consiste la denuncia, pues se formalizó como tal acto de iniciación ante órgano competente, a instancias de persona legitimada y poniéndose en conocimiento de aquél el hecho de haber sido víctima de un delito de violación.

— En segundo término, porque, tras la denuncia, la autoridad judicial ha procedido a la apertura de un procedimiento penal ante la posibilidad de que existiera el hecho delictivo denunciado, en lugar de no admitirla a trámite, como ordena el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el caso de que el hecho en que se funde no constituya delito *denegatio actionis*.

— El hecho de que después del auto de conclusión del sumario iniciado se acordara el sobreseimiento del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal, no es obstáculo que impida la legitimidad de la interrupción del embarazo, pues tal acto procesal —lo mismo que el derivado del artículo 789.1 de la Juzgado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— significa no la inexistencia del hecho denunciado, ni que éste se constituya delito, sino sólo que no están claramente delimitados la totalidad de los elementos constitutivos del delito de violación.

— El sobreseimiento libre del artículo 637.1 y 2 que pueda acordarse en el sumario por delito de violación negando definitivamente la prosecución de la acción penal por ausencia del hecho imputado en la denuncia o porque éste no presente siquiera indicios de delito, debe reputarse acto procesal válido para la apertura y prosecución de un procedimiento tendente a justificar la ilegalidad del aborto practicado y a depurar las responsabilidades.

— Toda decisión que pretenda la reapertura de un sumario archivado provisionalmente autorizado por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la finalidad de transformarle en auto de sobreseimiento libre (art. 637.1

y 2), en cuanto supone la conversión de un hecho con apariencia de delito en otro inexistente o que no constituye delito, precisa de elementos de pruebas capaces de destruir totalmente los hechos anteriormente investigados, no siendo bastantes los que simplemente traten de modificarlos en extremos no esenciales.

**CUESTIONES QUE PLANTEA LA EXPULSION  
DE EXTRANJEROS SUJETOS A DETERMINADOS  
PROCESOS PENALES**

**Consulta núm. 5/87, de 18 de noviembre**

**I**

La consulta está relacionada con la aplicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y especialmente con lo que atañe a su expulsión.

A) Los hechos que se exponen son éstos:

La Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma se viene dirigiendo a los distintos Juzgados de Instrucción interesando la expulsión de personas, generalmente procedentes del continente africano, al amparo de los artículos 21 y 26 de la referida Ley Orgánica. Muchas veces se trata de personas sujetas a prisión provisional en procedimientos relativos a tráfico de drogas. La actitud de los Jueces suele ser favorable a la expulsión, y cuando la acuerdan el propio Juez dicta resolución en tal sentido, incluso en trámite de diligencias previas.

B) Las dudas interpretativas suscitadas en la Fiscalía por los hechos que proceden son las siguientes:

1. ¿Puede el Juez autorizar la expulsión sin haber incoado el procedimiento penal correspondiente de diligencias preparatorias o por delitos menos graves y flagrantes de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre? La solución que se acepta expresa que la Ley de 1 de julio de 1985 se refiere a «encartados en un procedimiento por delitos menos graves», lo cual podría significar que, además de estar el sujeto encartado, es decir, sometido a medidas cautelares, el Juez ya ha determinado la competencia para enjuiciar por sí mismo un delito menos grave, y esto sucede sólo si ya se ha incoado el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, o, eventualmente, el de diligencias preparatorias, ya que las diligencias previas no son sino un procedimiento prospectivo para la práctica de las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable (art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), si bien es preciso reconocer que la práctica judicial ha hipertrofiado la significación de tales diligencias previas.

2. En los supuestos de tráfico de drogas —los hechos más frecuentes— cabe preguntarse si debe excluirse de la competencia de los Juzgados el conocimiento y fallo en procedimiento por delitos menos graves, de los delitos por tráfico de

sustancias que causan grave daño a la salud, y de las que, sin tener esa naturaleza, tienen asignadas penas de prisión menor por concurrir las otras circunstancias del artículo 344, párrafo segundo. Si se sustraen los mencionados delitos a la competencia de los Juzgados y se estima que es de la Audiencia, no cabría expulsión, salvo, claro está, que el Juez continuara en diligencias previas sin haberse pronunciado aún sobre el procedimiento a seguir. Al contrario, si se entiende que en los numerosos casos de flagrancia sería en todo caso competente para el fallo el Juez de Instrucción con arreglo al artículo 1.2.º de la Ley Orgánica 10/1980, la expulsión para estos casos quedaría también abierta.

3. Dado que, en la práctica, el tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, salvo los supuestos agravados, pueden ser objeto de medidas de expulsión en vía de diligencias previas —incorrectamente, según el parecer de quien formula la Consulta— o del procedimiento oral de la Ley Orgánica 10/1980, nos surge la duda de si la pena tipo de prisión menor y multa es pena igual o superior a prisión menor, ya que esta última es el límite establecido para la expulsión en el artículo 21.2, de la Ley de extranjería. Por un lado, sería admisible el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980 por flagrancia, al no superar los seis años; pero, de otra parte, no sería delito menor en el sentido que le configura la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, pues resulta evidente que prisión menor y multa no es pena igual o inferior a prisión menor. Por esta vía quedaría excluido siempre el tráfico de sustancias que causan grave daño para la salud del ámbito de la expulsión, ya sea previa o posterior a la sentencia condenatoria.

4. Si el Ministerio Fiscal, atendidas las circunstancias del hecho y del presunto culpable, debe adoptar en principio una posición favorable a la expulsión o la opuesta a la misma, con lo que en este último caso podría celebrarse el juicio sin perjuicio de que proceda la expulsión tras la condena que pueda recaer a modo de medida sustitutiva de la pena impuesta, tal y como permite el artículo 21.2, párrafo segundo, de la Ley de extranjería.

## II

La Consulta, cuya literalidad está recogida en los antecedentes, es concreta y precisa. El análisis de las normas sustantivas y procesales que con su contenido se relacionan, nos parece ajustado y acertadas sus conclusiones. De ahí el que en buena parte de los puntos tratados, tan sólo procedan por parte de la Fiscalía General del Estado, algunas matizaciones que servirán para confirmar el criterio interpretativo sustentado.

1. Al primer punto. Es imprescindible, en efecto, la existencia de procedimientos penales típicos en los que la competencia para instruir y fallar corresponda a los Jueces de instrucción. Formalmente, la autorización judicial se condiciona a la apertura de estos procesos. No revisten tal naturaleza las diligencias previas, al ser preliminares de procedimientos propios, pues en cuanto se practiquen «sin demora» (art. 789, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) las dirigidas a determinar el hecho —su naturaleza y circunstancias— los partícipes y «el procedimiento aplicable» (art. 789, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el Juez ha de adoptar alguna de estas resoluciones: archivo como tales si no existe delito o autor (art. 789.1), envío al órgano competente (art. 789.2 y 3), formación de sumarios (art. 789.4) o iniciación de diligencias



preparatorias o procedimiento oral (art. 789.5). Es claro que sólo después de estas decisiones puede conocerse cuál es la naturaleza y penalidad que, en principio, presenta el hecho denunciado.

Pero es que la Ley de 1 de julio de 1985 dice, además y expresamente (artículo 21.2), que la autorización judicial para la expulsión procede «cuando un extranjero se halle encartado en un procedimiento por delitos menos graves». Y estas condiciones es manifiesto que no concurren en las diligencias previas. De una parte, porque no constituyen un procedimiento por delitos menos graves, sino un procedimiento preliminar, tanto a procedimientos por delitos menos graves —en la Ley de 1 de julio de 1985 los conminados con pena igual o inferior a prisión menor— como a procedimientos por delitos graves. Y de otra parte, porque la cualidad de *encartado*, que también se exige, es más propia de los verdaderos procedimientos [arts. 780, párrafo último; 785.1,3,8 a) y h); 790.3; 795, párrafo tercero, y 796, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal] que de las diligencias previas.

En otro de los preceptos de la Ley de 1 de julio de 1985 en que se prevé la eventualidad de una autorización judicial para la expulsión, el artículo 26.3, el presupuesto procesal es que a los extranjeros «se les haya instruido diligencias por la comisión de delitos... y se acordara la libertad provisional»; de donde se desprende que ya deben estar determinados el autor presunto y el delito, circunstancias que impiden la permanencia de los actos de investigación en la fase procesal de diligencias previas.

La consecuencia de lo expuesto es, que si al tiempo de la solicitud de autorización para la expulsión por parte de la autoridad gubernativa, el trámite procesal es el de diligencias previas, el Ministerio Fiscal antes de emitir su informe sobre el fondo deberá instar del Juez la transformación de las previas, pues la Ley de 1 de julio de 1985 quiere que únicamente proceda la expulsión durante la sustanciación de procedimientos por delitos menos graves; y además, actuando de otro modo, esto es, concediendo la autorización en previas, podría acordarse la expulsión por razón de delitos excedentes de prisión menor, con lo que se sustituiría una posible grave pena a imponer por la expulsión y prohibición de entrada en el territorio nacional por tres años (art. 36.1, de la Ley de 1 de julio de 1985).

2. El segundo tema es éste: si la autorización para la expulsión de extranjeros implicados en el delito del artículo 344, se extiende al tráfico de las sustancias que causan grave daño a la salud y también al de las que sin tener esta naturaleza resulte aplicable la pena de prisión menor por concurrir cualesquiera de las circunstancias del artículo 344, párrafo segundo, del Código penal.

La solución legal a ambas cuestiones se presenta con claridad:

a) Ya la pena tipo para el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud es la de prisión menor y multa conjunta (art. 344, párrafo primero, del Código penal), excedente tanto de la que corresponde a los delitos dolosos menos graves (los castigados con pena privativa de libertad no superior a seis meses: artículo 1.1.1.º de la Ley Orgánica 10/1980) como de la prevenida para los delitos flagrantes (los sancionados con pena privativa de libertad cuya duración no exceda de seis años: artículo 1.1.2.º de la Ley Orgánica 10/1980) competencia atribuida a los Juzgados de Instrucción (art. 2.1.º de la Ley Orgánica 10/1980).

No procede, por tanto, para aquellos delitos la autorización en el caso de que se solicitare, pues la Ley de 1 de julio de 1985 prevé la expulsión para los respon-

sables de delitos menos graves (arts. 21.2 y 26.3) y se entienden por tales «los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor» (art. 21.2, párrafo primero).

b) El tráfico de sustancias no gravemente nocivas para la salud, si puede ser abarcado por la autorización del Juez instructor en dos supuestos: cuando haya de aplicarse tan sólo la penalidad del párrafo primero del artículo 344 (arresto mayor) y cuando la tipicidad se encuadre en el párrafo segundo del artículo 344 si se trata de delitos flagrantes, en los términos establecidos en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La autorización judicial para los delitos no flagrantes a los que corresponda pena de prisión menor ha de darla el Tribunal. De ahí el que tanto en el artículo 21.2, párrafo segundo, de la Ley de 1 de julio de 1985 —en donde se sustituye la pena por la expulsión— como en el artículo 26.3 de la misma norma —en donde se sustituye el procedimiento por la expulsión— se hable de acuerdos o autorizaciones del Juez o Tribunal.

3. El punto tercero está vinculado al anterior, esto es, posibilidad de expulsión para los traficantes de sustancias gravemente nocivas para la salud cuando no se trate de cantidades de notoria importancia. Aceptándose que prisión menor constituye la pena privativa de libertad límite que condiciona la expulsión, surge, sin embargo, la duda de si la pena de prisión menor y multa es pena igual o superior a prisión menor. En la Consulta se sostiene que es superior. Y así es, pues aun cuando ninguna conclusión positiva puede obtenerse de las normas penales que contienen la escala general de penas (art. 27 del Código penal), y las escalas graduales (art. 73 del Código penal), es manifiesto que la pena de prisión menor y multa conjunta en los supuestos de insolvencia (art. 91 del Código penal) tiene una mayor duración que la de prisión menor, y en el caso de solvencia del condenado, objetivamente es también más grave en cuanto formada por la acumulación de dos penas. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido en la interpretación de dos preceptos distintos.

En la comparación de penalidades con la finalidad de aplicar o no el párrafo cuarto del artículo 565 del Código penal, ha entendido que la pena de prisión menor correspondiente a la imprudencia temeraria, es de menor gravedad que la de prisión menor y multa conjunta, bien porque ésta se compone de dos privaciones de derechos, afectante uno a la libertad y otro al patrimonio (sentencias de 22-12-1982, 30-3-1984 y 28-5-1985), o bien porque la punibilidad de la pena pecuniaria, dada la insolvencia del reo, se convierte en arresto sustitutorio, acrecentándose de este modo la pena de privación de libertad (sentencia de 25 de noviembre de 1976). En la misma línea jurisprudencial señalada, entre otras, las sentencias de 30-10-1956, 7-10-1959, 28-4-1971 y 19-9-1975.

Y a efectos de aplicar la agravante de reiteración, en la modalidad de delito antecedente al que la ley señala mayor pena, se ha establecido que la pena de prisión menor y multa es más grave que la de prisión menor (sentencias de 10-6-1958, 11-2-1959, 18-5-1961, 30-1-1967, 12-2-1968, 23-4-1971, 6-11-1972 y 6-5-1975).

4. El último de los puntos sometido a Consulta, el relativo a la actitud que deba adoptar el Ministerio Fiscal en el trámite de audiencia previa a la concesión de autorizaciones para la expulsión, requiere un análisis más detallado de los preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

Los extranjeros pueden ser expulsados de España por resolución del Director

de la Seguridad del Estado cuando incurran en alguna de las causas expresamente establecidas (art. 26). Ahora bien, esta modalidad de la potestad sancionadora de la Administración tiene el límite que representa la necesidad de obtener autorización judicial si el extranjero se hallare sujeto a determinados procesos penales. Y, a su vez, un acto anterior e ineliminable de la autorización es la audiencia del Ministerio Fiscal.

a) Existen en la tan citada Ley de 1 de julio de 1985 dos preceptos que prevén expresa o implícitamente los requisitos de la autorización judicial y el informe del Ministerio Fiscal. En ellos la autorización se emite durante la tramitación de procedimientos penales, por lo que, si es conforme con la propuesta gubernativa de expulsión, ésta se convierte en medida sustitutiva del procedimiento penal que así concluye o al menos queda en estado de suspensión con su archivo.

El primero supuesto en que es necesaria la autorización, tiene lugar cuando la apertura del proceso penal es anterior a la iniciación, por parte de la autoridad gubernativa, del expediente de expulsión por cualquiera de las causas que enumera el artículo 26 de la Ley; y dispone, al efecto, el artículo 21.2 que cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su expulsión.

El segundo caso de expulsión, previa autorización judicial, se produce cuando al tiempo de incoarse el procedimiento penal el expediente gubernativo se hallaba ya en trámite. Se refiere a él el artículo 26.3 de la Ley, expresando que en los supuestos de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión —en trámite de instrucción o de ejecución— a los cuales se hayan instruido diligencias por delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos expedientes, si se hubiere acordado la libertad provisional, el Juez o Tribunal podrá autorizar la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2, de la Ley.

Así, la autorización es una facultad del Juez («podrá autorizar», dice la Ley) cuya estructura se completa con la «previa audiencia del Fiscal». El artículo 21.2 lo establece de modo explícito, y en la hipótesis del artículo 26.3, esa intervención del Ministerio Fiscal está implícita, porque a su tenor se podrá autorizar la expulsión «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley».

Ahora bien, la Consulta se pregunta si es o no conveniente que el Ministerio Fiscal adopte una posición favorable a la expulsión cuando se está tramitando el proceso penal. Entendemos que aun cuando la facultad de confirmar o no la expulsión propuesta se subordina a que ésta sea ejecución de una decisión adoptada de conformidad con la ley, la actividad valorativa del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser siempre la misma, porque los datos a ponderar serán distintos, según cuál haya sido la causa tenida en cuenta por la autoridad gubernativa para proponer la expulsión.

En general, para la tramitación de los expedientes de expulsión el artículo 29.2 de la Ley remite a la Ley de Procedimiento Administrativo, representando esta remisión que deberá observarse lo dispuesto en el título VI de esta norma, cuyo capítulo II (arts. 133-137) regula como procedimiento especial el sancionador (carácter que tiene el que aquí se examina conforme a la disposición adicional 1.<sup>a</sup> del Real Decreto 1.119/1986, de 26 de mayo), con aplicación del artículo 91, que establece la audiencia del interesado, que, por lo demás, se reconoce también en el artículo 29.2 de la Ley de extranjería, ya que a su tenor las resoluciones gubernativas adoptadas en relación a los extranjeros habrán de dictarse y notifi-

case de acuerdo con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimientos Administrativos, y en cualquier caso con audiencia del interesado.

Aparte la expulsión automática del artículo 36.2 de la Ley, los procedimientos de expulsión han de basarse en alguna de las causas comprendidas en el artículo 26. Las referidas en los apartados a), d) y e), al estar mejor perfiladas en su estructura, el supuesto de hecho puede constarse más fácilmente, por lo que la potestad de la Administración aparecerá ante ellas virtualmente reglada. En la construcción de las causas contenidas en los párrafos b), c) y f), al estar más indefinidas puede jugar la discrecionalidad resolutoria de la Administración.

El Ministerio Fiscal, como dice el artículo 26.3, para la autorización de la expulsión, atenderá «a las circunstancias del caso», cualquiera sea la causa alegada para fundamentar la expulsión, y en tanto de la propuesta de la autoridad gubernativa no se extraigan hechos válidamente constatables y claramente subsunibles en una causa legal, su dictamen debe ser contrario a la expulsión. Pero ante la causas b), c) y f), del artículo 26, en las que se manejan nociones abstractas e indeterminadas necesitadas de un mayor control jurídico, el Ministerio Fiscal deberá analizar aún con mayor meticulosidad los hechos determinantes de la propuesta, pues no será infrecuente que hayan sido extraídos de simples informes policiales.

Como la petición de autorización judicial para la expulsión sólo procede cuando sea firme la propuesta que la acuerde, y la interposición de recursos sí puede suspender ya la ejecución del acto impugnado (sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio), otro dato a ponderar por el Ministerio Fiscal al emitir su informe es si han mediado recursos, pues si se ha hecho uso de ellos, sean sólo administrativos o también jurisdiccionales (arts. 34 y 35 de la Ley) y permanece la propuesta de expulsión, ello será índice de que la causa era justificada.

b) Los casos precedentemente estudiados (arts. 21.2 y 26.3) significan que puede dejarse de juzgar al delincuente extranjero sometido a expediente de expulsión si ésta se autoriza por el Juzgado o Tribunal. Pero hay otro, distinto, en el cual se deja de ejecutar lo juzgado (art. 21.2, párrafo segundo). Si en aquéllos la expulsión es sustitutiva del procedimiento, en éste la expulsión sustituye a la condena, pues dice el precepto últimamente citado que si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresare a España, la pena que le fuere impuesta.

Plantea algunas cuestiones esta especie de pena de extrañamiento con duración mínima de tres años (art. 26.1).

En primer lugar, si se trata de un acto autónomo del Juez o Tribunal que haya impuesto la pena por delito menos grave, o si tal medida sustitutiva está subordinada a que haya precedido expediente sancionador en el que se solicitare la autorización judicial para la expulsión. Ambas situaciones son posibles. Que es una decisión privativa del juzgador se obtiene de la frase del artículo 21.2, párrafo segundo, que dice: «el Juez o Tribunal podrán acordar... su expulsión», y del artículo 21.3, cuando afirma que «para la efectividad de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades judiciales comunicarán las ... expulsiones que acordasen a los Servicios competentes del Ministerio del Interior». Pero tam-

bién la expulsión judicial una vez recaída sentencia firme puede significar una rectificación de la negativa a conceder la autorización solicitada en fase procesal anterior. Pero en uno y otro caso la expulsión es judicial, no gubernativa.

En segundo término, si debe ser oído el Ministerio Fiscal antes de acordarse la expulsión. Aunque el artículo 21.2, párrafo segundo, sólo dice que se acordará la expulsión «previa audiencia» del extranjero, la respuesta ha de ser afirmativa por varios argumentos. Si debe ser oído antes de pronunciarse el Juez sobre la autorización para la expulsión gubernativa, con mayor razón deberá serlo antes de la expulsión por vía judicial. Porque las decisiones de expulsión pueden comportar una gravedad desproporcionada con la pena correspondiente al delito menos grave. Una medida como ésta, que afecta a la ejecución de condenas impuestas, no podrá acordarse —aunque la Ley no lo diga— sin previa audiencia del Ministerio Fiscal, una de cuyas funciones es velar por el cumplimiento exacto de las resoluciones judiciales que afectan al interés público y social (art. 3.9 del Estatuto del Ministerio Fiscal).

A las consideraciones anteriores deberá atenerse el Ministerio Fiscal siempre que deba emitir dictámenes previos a la petición de autorización judicial instada por la autoridad gubernativa en expedientes sobre expulsión de extranjeros.



**TEORIA Y PRACTICA EN LA APLICACION  
DE LOS ARTICULOS 642-644 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO  
CRIMINAL A LOS JUICIOS DE FALTAS COMO EFECTO  
DE LA VIGENCIA PARA LOS MISMOS  
DEL PRINCIPIO ACUSATORIO**

**Consulta núm. 6/87, de 17 de diciembre**

I

A) La Consulta se desenvuelve en el área de los juicios de faltas, y, en particular, trata de una práctica generalmente observada por los Jueces de Distrito del territorio autonómico, consistente en que, cuando el Fiscal ha solicitado la absolución, requieren al denunciante por si quiere sostener la acción penal; sólo en el caso de respuesta afirmativa entienden que es posible dictar sentencia condenatoria, pues al mantenerse acusación no se conculca el principio acusatorio, exigible también en los juicios de faltas. Estos son, estrictamente, los hechos.

B) Tal proceder, en opinión del Fiscal que consulta, supone una extensión analógica del artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, situado dentro del proceso por delitos, que prevé, para el caso de que el Ministerio Fiscal haya solicitado el sobreseimiento y no haya querellante, un llamamiento a los interesados en el ejercicio de la acción a fin de que puedan comparecer para defenderla. ¿Es posible, dice, esa aplicación analógica? El artículo 7.º del Decreto de 21 de noviembre de 1952 expresa que en los juicios de faltas se observarán «las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto sean aplicables». Aceptando que ante una eventual falta de acusación del Ministerio Fiscal pueda el Juez ofrecer a los interesados el ejercicio de la acción penal, es necesario establecer cuál sería el modo de hacer efectivo el ofrecimiento: si bastará con preguntar al denunciante, ya sea al comienzo del juicio o una vez solicitada la absolución por el Ministerio Fiscal, si mantiene su acción, o si, por el contrario, serán precisas otras formalidades de mayor entidad. Surgen así estas dos cuestiones. ¿Es suficiente con que el perjudicado haya manifestado su interés en ser parte para que permanezca el principio acusatorio, tras la petición de absolución por parte del Ministerio Fiscal? ¿O, por el contrario, es indispensable que el denunciante haya comparecido como querellante o asistido de profesionales para tenerle por comparecido y parte procesal con capacidad de fundamentar una pretensión acusatoria enfrentada a la absolución del Ministerio Fiscal? Sobre este tema se hacen en la Consulta estas observaciones:

1. Ciertamente que el artículo 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 señala que «el Juez, en su caso, preguntará al denunciante si se muestra parte en el proceso», pero no aclara si, en caso afirmativo, deberá valerse de profesionales para ejercitar la acusación. La presencia de estos profesionales no es preceptiva en los juicios de faltas, pero el propio artículo 7.º citado lo insinúa cuando habla de posibilidad de querrela, aunque sin firma de Abogado y Procurador, así como de la proposición en juicio de pruebas por el querellante y «el denunciante si se mostrare parte». De hecho, el Abogado asiste en muchas ocasiones a estos juicios llevando los intereses de las partes. Analógicamente el artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de «comparecer» para sostener la acción penal, sin que, por razón de delito, sea imaginable una comparecencia que no lo sea por conducto de profesionales.

2. Pero como el juicio de faltas ofrece una mayor simplicidad y agilidad, cabría pensar que es bastante con que el denunciante manifieste su interés por ser parte en el proceso, idea a la que contribuye la dificultad de que, en principio, en estos juicios no siempre son claras las posiciones de ofensor y ofendido, por lo que recíprocamente pueden mostrarse partes, bien que el artículo 7.º del Decreto de 1952 reserve tal posibilidad al denunciante. Sin embargo, resulta claro del artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, tras la prueba, las alegaciones verbales en apoyo de las respectivas pretensiones, quedan reservadas «primero al Ministerio Fiscal si asistiere, después al querellante particular y por último al acusado»; es decir, que el denunciante como tal no cuenta con posibilidad de mantener y alegar sus argumentaciones ni defender su pretensión, por lo que difícilmente puede ser considerado como parte procesal con capacidad para sostener la acción penal.

3. El artículo 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresa que el Juez apreciará las «razones expuestas por el Fiscal y por *las demás partes* o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados»; es de notar que tal frase se refiere exclusivamente al ámbito probatorio, puesto que se enmarca en la apreciación, según conciencia, de las pruebas practicadas, y de entenderse que la parte informa sin defensor, existe contradicción con el artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero esta posible contradicción fue subsanada por el artículo 7.º del Decreto de 1952, cuando afirma que en apoyo de sus respectivas pretensiones hablará primero el Ministerio Fiscal si asistiere y después el querellante particular o el denunciante. Según esto, podría bastar para mantener el principio acusatorio, con que el denunciante manifestara su interés por ser parte y que solicitara pena, fundamentando la misma en sus alegaciones, pero el denunciante no tiene por qué ser un técnico en el Derecho, por lo que difícilmente podrá arbitrar por sí solo una petición coherente, ya sea para tipificar el hecho o para argumentar su prueba.

4. El Tribunal Constitucional en sentencia 54/1985, de 18 de abril, dice que el Juez en el caso de ausencia de acusación, si se discrepa de ella, ha de utilizar el trámite dispuesto en el artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la vía del artículo 733 cuando crea que procede superior sanción, todo ello para salvaguardar el principio acusatorio que rige también en los juicios de faltas. Esta necesidad de acusación se reitera en la sentencia 104/1985, de 4 de octubre. Así, pues, el Tribunal Constitucional parece que sugiere que el Juez haga uso del artículo 644 más que del 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y acuda al superior jerárquico del Fiscal si no está conforme con su petición de absolu-



ción; esto llevaría consigo la inmediata suspensión del juicio de faltas para elevar consulta, que en caso de que fuere confirmatoria del criterio sustentado por el Fiscal inferior en el juicio, impediría la sentencia condenatoria, por quebrantarse, en otro caso, el principio acusatorio.

5. En resumen, ante una petición de absolución por parte del Ministerio Fiscal, para que el Juez de Distrito pueda dictar sentencia condenatoria sin vulnerar el principio acusatorio, son posibles alguna o algunas de las siguientes soluciones:

a) Preguntar al denunciante si se mantiene como parte o si sostiene la acusación y que se manifieste en sentido afirmativo. Una variante de esta solución es que el denunciante concrete la falta que considere cometida en virtud del principio de legalidad y así lo fundamente.

b) El denunciante debe haber comparecido con profesionales del Derecho que mantengan la acusación.

c) Hacer uso previo el Juez del artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que el superior jerárquico del Fiscal ordene sostener la acusación.

d) Aplicar el Juez, por analogía, el artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y suspender el juicio si el denunciante no está representado con arreglo al artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que pueda comparecer debidamente en juicio con tal asistencia y ejercitar la acción penal con arreglo al artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## II

A) En el sistema construido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento ordinario por delitos, el Ministerio Fiscal, tras la conclusión del sumario, decide sobre la alternativa apertura del juicio-sobreseimiento, y opta por el acto procesal imperativo de la apertura cuando estime que no están justificados cualesquiera de los elementos esenciales de un determinado tipo de injusto. Mas esa decisión no es incondicionadamente vinculante para el Tribunal que, con los mismos datos probatorios acumulados durante la instrucción, puede entender que la acción deberá continuar desplegando su eficacia hasta el juicio oral, a fin de poder constatar en él la totalidad de las diligencias practicadas. Esta fórmula, revisora, en definitiva, de la actuación del Ministerio Fiscal, halla su máxima expresión en los artículos 642-644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero faculta al Tribunal, cuando considere improcedente la petición de sobreseimiento para hacer un llamamiento a los interesados en la acción que no se hubieren mostrado parte, con la finalidad de que puedan ejercitarla dentro del plazo prudencial que se determine. y si el resultado fuere negativo, todavía antes de acordar el sobreseimiento, permite el artículo 644 al órgano judicial consultar al Fiscal superior del que emitió el dictamen sobre si procede, en lugar del sobreseimiento, formular acusación. Si se resuelve en el primero de los sentidos, la acción penal queda ya en estado de suspensión, archivándose el sumario. Si en el segundo, salvo un supuesto excepcional, no podrá prescindirse de la apertura del juicio oral (art. 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La extensión del principio recogido en los artículos 642-644 a los procedimientos de urgencia introducidos por la Ley de 8 de abril de 1967 (tanto a los que son competencia de la Audiencia Provincial como los atribuidos a los Juzgados de Instrucción) fue materia propia de las Consultas de esta Fiscalía, 2/1969, de

4 de marzo, y 5/1971, de 29 de mayo; y aunque se conocía en ellas que en la ordenación de estos tipos de procedimiento no aparecen preceptos análogos a los consignados en los artículos 642-644, se resolvió en sentido positivo. De un lado, porque la institución de referencia representa una garantía para el ejercicio de su derecho por los perjudicados ante eventuales desviaciones del estricto principio acusatorio. Y de otro, porque son supletorias en los procedimientos de urgencia, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como se deduce del artículo 780, párrafo primero, al afirmar que estos procedimientos «se acomodarán a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente título». Y es evidente que las modificaciones no alcanzaron a los artículos 642-644.

Para el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, también rige con carácter supletorio la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición final 1.<sup>a</sup>), y está previsto en ella (art. 6.1) que el Ministerio Fiscal, una vez recibidas las diligencias, pueda optar por el archivo en vez de formular escrito de acusación; si hay acusación particular personada (art. 5.1, párrafo segundo) ésta presentará escrito de acusación y se procederá de inmediato a la celebración del juicio (art. 7.1). En el caso de que no estén personados los perjudicados, la ley guarda silencio, pero nada se opone a que el Juez, discrepante con la solicitud de archivo, haga un llamamiento a aquéllos, y con mayor razón si anotamos que el hecho de no haberse ofrecido el procedimiento al perjudicado no paraliza las actuaciones (art. 5.1, párrafo tercero).

B) En la Consulta se cuestiona no tanto la aplicabilidad de los artículos 642-644 a los juicios de faltas como el modo en que los interesados en el ejercicio de la acción podrán mostrarse parte. Los Jueces de Distrito de aquel territorio, en todos los supuestos en que el Ministerio Fiscal pide la absolución, requieren al denunciante-perjudicado que no se ha mostrado parte, para que mantenga su acción. Reconocida la facultad del órgano jurisdiccional, no son, sin embargo, pacíficas las formalidades a observar por los destinatarios que acuden al llamamiento.

Evidentemente, se trata de un tema nuevo, que surge con motivo del radical y expreso giro dado por la jurisprudencia constitucional a algunos de los principios inspiradores de los juicios de faltas. Los artículos 642-644 al estar insertos en la esfera del principio acusatorio, que requiere concretas pretensiones de las partes (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*), se hallan en contradicción con el inquisitivo, en cuanto éste parte de la concentración de todos los poderes en el Juez, por lo que puede tanto iniciar el juicio sin acusación previa como decidir de modo no congruente con las peticiones de las acusaciones pública y particular. Conforme a él, el Juez investiga, defiende, acusa y decide:

1. La regulación que del juicio de faltas se hace en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al adaptarse al principio inquisitivo, no se conforma con el ordenamiento fundamental vigente. Pero este principio, que ahora se proscribió, tuvo una cierta justificación. Como recuerda el Tribunal Constitucional (básicamente la sentencia 54/1985, de 18 de abril, fundamento jurídico 4), la jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, sobre todo la anterior a la reforma de la Justicia Municipal de 1944, entendía que el juicio de faltas no se regía por el principio acusatorio que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece como medio cardinal en la persecución de los delitos, sino que su contenido era propio del sistema inquisitivo. Existían dos tipos de razones. Que el artículo 969 mandaba observar las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto

fueran aplicables a los juicios de faltas, con cuya salvedad se reconocía la imposibilidad de otorgar las mismas garantías que las marcadas para la persecución de los delitos en sus artículos 299 a 749. Y en segundo lugar, porque la condición de los órganos encargados de administrar la Justicia municipal (constituidos fundamentalmente por Jueces y Fiscales legos) tenía que remediarse otorgando tanto a los Jueces Municipales como a los Jueces de Instrucción que actuaban en apelación, plenitud de jurisdicción; los Jueces Municipales actúan inquisitoriamente, al poder iniciar el juicio oral sin previa acusación, continuarlo, decidir sin la presencia del denunciado y con libertad para calificar la falta cometida sin estar vinculado por las acusaciones pública o privada; a los Jueces de Instrucción se les concedía la posibilidad de enmendar libremente, por impulso propio, tanto la apreciación de las pruebas como los errores de derecho en que pudiera haber incurrido el Juez *a quo*, aunque ello supusiera una agravación en la tipicidad y punición de la falta sometida a su conocimiento o la imposición de una condena por falta sin previa acusación.

2. Pero ya es una exigencia constitucional la aplicación al juicio de faltas del principio acusatorio, dado que el principio inquisitivo se compece muy mal con la dignidad del hombre y con un sistema de derechos fundamentales y libertades públicas (sentencia del Tribunal Constitución de 12 de noviembre de 1986, fundamento jurídico 1), y además constituye una lesión contra el derecho a no ser condenado ni juzgado sin acusación previa (sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1985, fundamento jurídico 2), toda vez que un proceso con todas las garantías, en el sentido del artículo 24 de la Constitución, requiere que exista una acusación dentro del peculiar sistema procesal penal (sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1985, fundamental jurídico 4).

Reducido a síntesis, el sistema acusatorio consiste en prohibir que el Juez actúe sucesivamente como acusador y juzgador, en reservar la acusación a las partes del proceso y en impedir que nadie pueda ser condenado sin haber sido acusado. El tránsito desde la concepción de un juicio de faltas dominado por el sistema inquisitivo de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal al juicio de faltas ajustado estrictamente al principio acusatorio, está claramente justificado por el Tribunal Constitucional (sentencia 54/1985, de 18 de abril, fundamento jurídico 5) en base a que el conocimiento de la mayor parte de las faltas se atribuye a Cuerpos técnicos, por lo que no tiene razón de ser y resultan innecesarias las facultades otorgadas al Juez de instancia de actuar sin acusación previa, o fuera de ella rebasándola, ni tampoco las garantías reforzadas y libérrimas de supervisión del Juez de apelación; además, es que con tales alegaciones se viene a confundir el principio de impulso procesal (aplicado para llamar a las partes a la celebración rápida del juicio oral) con el principio inquisitivo (la persecución supone un derecho incondicionado del Juez sin necesidad de acusación), no procediendo, sin embargo, esa interpretación extensiva y perjudicial, toda vez que en el juicio oral de faltas el Fiscal ha de intervenir, actuando la acción penal, si procede, en defensa de los intereses públicos.

3. Las consecuencias más importantes que se obtienen del reconocimiento y aceptación del principio acusatorio para la tramitación de los juicios de faltas son las siguientes:

a) En primer lugar, la aplicación por analogía del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que limita y corrige el sistema acusatorio, permitiendo al Juez imponer sanciones que rebasen las pedidas por las partes acusadoras

(efecto reconocido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1985).

b) En segundo lugar, y ahora para preservar el principio acusatorio, la prohibición de aceptar la *reformatio in peius*, regla conforme a la cual el Juez que conoce de la alzada no puede, de oficio, agravar o empeorar la situación del recurrente (aplicada al juicio de faltas, entre otras, por las sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1986 y 11 de febrero de 1987).

c) Y, por último, la que forma el objeto principal de la Consulta, de la extensión de los artículos 642-644 al juicio de faltas, acogida también por la jurisprudencia constitucional (sentencias de 18 de abril de 1985 y 17 de julio de 1985), en las que se ordena su aplicación no obstante las diferencias técnicas que existen en los trámites inspiradores del proceso por delitos y el juicio de faltas, ya que en éste rige en toda su pureza el principio de concentración o de unidad de acto, lo que implica la no existencia de sumario ni de fase intermedia —momento en el que realmente se desenvuelven los artículos 642-644—, pues tanto del artículo 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (art. 2) se desprende que las diligencias preliminares que puedan practicarse para determinar las características del hecho y los sujetos que han de ser convocados al juicio, carecen de entidad suficiente para considerarlas como investigación previa al juicio verbal, siendo solamente en éste donde se practican las pruebas y se formulan las pretensiones.

### III

Ahora bien, en la práctica, ¿cuándo y cómo deberá hacerse uso por los Jueces que entienden del juicio de falta de la facultad concedida por los artículos 642-644, cuando discrepen de la petición de absolucón instada por el Ministerio Fiscal?

A) La primera de las preguntas halla una solución primaria e incompleta en el artículo 642: cuando no haya querellante particular. Pero esta expresión debe interpretarse en sentido amplio, hasta abarcar no sólo la situación de inexistencia de querellante, sino también aquella en que no se hallen personados perjudicados denunciantes sin querella. Así, pues, tanto la querella como la personación sin querella —perfectamente válida conforme a la Consulta de esta Fiscalía 4/1976, de 18 de junio— una vez iniciado el proceso por denuncia excluyen la aplicación del artículo 642. En este lugar nos referimos a la personación que pudo realizarse en procedimientos anteriores al que concluye en juicio de faltas, ya lo fuera en sumario ordinario que terminara en el sentido que establecen los artículos 637.2 y 639 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sumario de urgencia en el que se resolviera a tenor del artículo 795, párrafo segundo, en diligencias preparatorias conforme al artículo 791, 1 y 2, en diligencias previas (art. 789.2) o en procedimiento oral (art. 5.2, de la Ley 10/1980, de 11 de noviembre). En cualquiera de estos procesos el perjudicado puede haberse mostrado parte después del acto procesal del Juez del ofrecimiento de acciones del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todos ellos son actos de personación espontáneos con los que se ejercita la acción penal, y anteriores, por supuesto a la convocatoria para el juicio de faltas, que invisten al perjudicado de la cualidad de parte.

El querellante es, pues, parte; quien una vez iniciado el proceso se persona también lo es, y, en consecuencia, los titulares de esas condiciones procesales,

en el acto del juicio de faltas pueden pedir penas, proposición y práctica de pruebas, hacer uso de la palabra después del Ministerio Fiscal para adherirse a sus peticiones, modificarlas o rectificarlas totalmente.

¿Pero es parte el denunciante por el simple hecho de haber formulado denuncia? Si se aceptara el criterio afirmativo, al denunciante que comparece en el juicio de faltas no resulta de aplicación el artículo 642 porque se le reconocen las mismas facultades que al querellante o al perjudicado formalmente personado. El artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su literalidad viene a considerar parte al denunciante en cuanto expresa que durante el juicio «se practicarán las pruebas que propongan el querellante, *denunciador*, y Fiscal...», siempre que el Juez las considere admisibles». Aquí el denunciante se halla en la misma línea procesal de los titulares ciertos de la cualidad formal de parte: el querellante y el Ministerio Fiscal. De ahí que atendiendo al artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la jurisprudencia del Tribunal Supremo declara que desde el momento en que se otorgaba al denunciador el derecho de proponer pruebas es que se le considera y admite como parte en el juicio. Pero la jurisprudencia constitucional ha llegado a más. En la sentencia de 17 de julio de 1985 (fundamento jurídico 3, párrafo segundo), ante el hecho de constar en el acta del juicio oral que el denunciante, ofendido por injurias escritas y con publicidad, no compareció, se afirma que «no por ello perdió la condición de parte que en este tipo de procesos tiene el denunciante (como se desprende, entre otros, del art. 4.1 de la Ley 62/1978, y del art. 969 de la Tribunal Constitucional, que permite la práctica de pruebas propuestas por el “denunciador”», lo que permitió apelar de la sentencia». Estas apreciaciones no son del todo exactas. De un lado, porque la norma citada de la Ley 62/1978, sólo dice que basta la denuncia de la persona agraviada para iniciar los procesos por delitos de injurias y calumnias del artículo 463 del Código penal (las inferidas por escrito y con publicidad), pero en modo alguno se establece en el precepto que la denuncia sea hábil para constituir al denunciante en parte. Y de otro, también en contra de la configuración como parte al mero denunciante, proceden estas matizaciones. La primera es que el mismo artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su penúltimo inciso, referido a la última fase del juicio verbal de faltas, expresa que «expondrán de palabra las partes lo que crean conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, hablando primero el Ministerio Fiscal, si asistiere; después el querellante particular y, por último, el acusado»; no se menciona entre las partes al denunciante. Y la segunda matización, que el artículo 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 —que desarrolló la base 10 de la Ley de 19 de julio de 1944, sobre normas procesales aplicables a la Justicia Municipal— parece haber resuelto las dudas de la legislación anterior sobre si el denunciante es o no parte, al disponer que en el juicio «se practicarán las demás pruebas que propongan el querellante, el denunciante si se mostrare parte y el Fiscal»; y después el mismo artículo dice que «el Juez, en su caso, preguntará al denunciante si se muestra parte en el proceso». Así, el estricto denunciante no es parte en el juicio de faltas. Tampoco, aunque en él concurra la cualidad de perjudicado.

B) El otro tema cuestionable que nos presentaba el artículo 642 es el relativo a cómo y a quién deberá hacerse el llamamiento encaminado al eventual mantenimiento de la acción penal. En la Consulta, cuyo contenido analizamos, y con fundamento en la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1985, se concluye que el Tribunal Constitucional parece que sugiere

que el Juez haga uso del artículo 644 más que del 642, y acudir al superior jerárquico del Fiscal si no está conforme con la absolución por falta de acusación. Entendemos que esta solución no es posible, pues no puede acudirse al artículo 644 directa o primariamente, sino que al ser subsidiario del artículo 642, sólo habrá lugar a desencadenar sus efectos cuando los interesados en la acción penal no han comparecido a defenderla mostrándose parte. Por lo demás, el Tribunal Constitucional no afirma que constituya una facultad del Juez el acudir al artículo 642 o al 644 y que preferentemente deba pronunciarse por esta última. La citada sentencia de 18 de abril de 1985, lo que dice (fundamento jurídico 5) es que el Ministerio Fiscal ha de actuar en el juicio de faltas la acción penal si procede, otorgando efectividad al principio acusatorio, en el que la facultad de juzgar depende de que el Fiscal o el acusador privado promuevan la acción de la justicia, por lo que si su petición es la de solicitar el castigo de la falta, el Juez debe atenderla o rechazarla, y en caso de discrepancia, *por ausencia de acusación*, utilizar el trámite dispuesto en el artículo 644. Pero como en el giro subrayado, ausencia de acusación, debe incluirse tanto la pública como la particular, no está excluido el trámite previo del artículo 642. Y esto mismo es lo que se advierte en la sentencia, también del Tribunal Constitucional, de 17 de julio de 1985 (fundamento jurídico 3, párrafo último) cuando anota que «el juzgador al comprobar la no personación del denunciante y la no acusación del Fiscal, debió parar el curso del proceso y ofrecer la acusación al ofendido denunciante».

C) Prescindamos ahora de las personaciones en otros procesos penales que puedan haber precedido al concreto juicio de faltas. Durante la celebración de éste, el Juez, antes de oír al acusado y los testigos y antes también de la práctica de las pruebas, «preguntará al denunciante si se muestra parte en el proceso» (art. 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952). Y después de concluidos aquellos actos expondrán de palabra el Ministerio Fiscal y las demás partes lo que crean conveniente en apoyo de sus pretensiones. El denunciante comparecido puede mostrarse parte (arts. 109, 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Si no ha comparecido al acto del juicio o habiéndolo hecho no se ha mostrado parte, después y ante la petición de absolución del Ministerio Fiscal, el Juez puede acudir al expediente del artículo 642 y conceder un plazo para que acuda a defender su acción mostrándose parte. Sólo ante la incomparecencia podrá utilizarse la fórmula del artículo 644.

Pues bien, si al tiempo del llamamiento del artículo 642 decide el perjudicado mostrarse parte, ¿cómo debe hacerse la declaración constitutiva de parte? Formalmente, ¿cómo se transforma la condición de denunciante-perjudicado en la de parte procesal? Desde luego, debe excluirse como indispensable la querrela, aun admitiendo que son requeridas para los juicios de faltas menos formalidades, pues, según el artículo 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, no necesita firma de Abogado ni de Procurador. Si la querrela en los juicios de faltas es eficaz sin que concurren todos los requisitos del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el hecho de mostrarse parte sin necesidad de querrela —previsto expresamente para determinados delitos en el artículo 783, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— bastarán también un mínimo de formalidades. ¿Pero formalidades propias o por escrito a través de representación técnica?, ¿mediante escrito dirigido al Juez en el que el perjudicado manifieste su voluntad de personarse?, ¿o basta la forma oral o simple afirmación de mos-

trarse parte y desear la imposición de las correspondientes sanciones para el acusado? Nos referimos aquí siempre al denunciante-perjudicado.

La asistencia técnica para mostrarse parte resulta enteramente potestativa, como lo es la presentación de querrela con todas las formalidades del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues ya la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial no quería la intervención de Abogado y Procurador en estos juicios (artículo 856.5), pero sin excluir su actuación como auxiliares de los interesados (artículo 858). Dada la simplicidad que ofrece el juicio de faltas y los principios a que responde, de oralidad y concentración en el acto del juicio, no parecen necesarias expresas formalidades propias para mostrarse parte.

Cuestión distinta al acto de mostrarse parte —ya sea por la vía normal o por la excepcional del artículo 642— es la que surge en un momento posterior y que tiene por objeto fundamentar una pretensión acusatoria que se enfrente a la absolución pedida por el Ministerio Fiscal. Indudablemente, y en teoría, capacidad para ello sólo la tendrán los profesionales del Derecho. Pensamos, sin embargo, que la presencia de éstos tampoco en el trámite paralelo del artículo 642 es imprescindible. Sobre todo porque entre el llamamiento a los interesados en la acción que acudan a él y la continuación del juicio de faltas mediará un plazo razonable que permitirá estudiar la materia objeto del juicio, pues ante la petición de absolución que haga el Fiscal, el Juez, para iniciar los trámites del artículo 642 suspenderá el acto. La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1985 dice que el Juez, al comprobar que el denunciante no está personado y la falta de acusación del Ministerio Fiscal, «debió parar el curso del proceso» y ofrecer la acusación al ofendido denunciante. No se especifica si ese «parar el curso del proceso» se concreta en una verdadera suspensión o en una simple interrupción. El caso del artículo 644 se trata claramente de una suspensión. En la hipótesis del artículo 642 cuanto estemos en un proceso por delitos también, porque se concede para que comparezcan los interesados «un término prudencial», y cuando aquéllos fueren desconocidos se los llamará por edictos (art. 643). ¿Y en los juicios de faltas? Salvando las diferencias, el «término prudencial», que marcará el momento preclusivo hasta el que puede adquirirse la condición de parte, no deberá fijarse en espacios breves de tiempo porque la personación, si se hace formalmente, y la documentación y preparación del ejercicio de la acción son incompatibles con la mera interrupción en la celebración del juicio de faltas.

En definitiva, tanto para la personación en el juicio de faltas del denunciante-perjudicado como para la defensa de su acción en vía del artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se requiere un mínimo de formalidades; ello significa que en uno y otro acto procesal podrá actuar directa y personalmente, y que al perjudicado que de este modo ejercite sus derechos no se le exigirá la misma concreción típica de los hechos que el Ministerio Fiscal, sino que bastará su manifestación expresa de que, como parte, desea la imposición de la sanción procedente al denunciado sin mayores especificaciones.





## **Instrucción núm. 6/1987, de 23 de noviembre**

El Ministerio Fiscal, según el artículo 3, números 6 y 7, de su Estatuto Orgánico, debe «tomar parte en defensa de la legalidad del interés público o social en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley» y «asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes, por caracer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos».

En relación con las anteriores normas del Estatuto, quiero ahora dirigirme a los Fiscales con el fin de darles unas instrucciones sobre un problema de gran trascendencia humana, y sobre el que tiene una gran responsabilidad el Ministerio Fiscal; se trata de los internamientos de presuntos incapaces, y de control necesario sobre los mismos, para que se ajusten a la legalidad, así como para evitar, que se prolonguen indefinidamente en el tiempo cuando ya no son necesarios.

Sobre esta cuestión se publicó por la Fiscalía General del Estado la Circular número 2/1984, que resolvía los principales problemas que se podían plantear. No se abordó, sin embargo, en la misma, el ámbito de aplicación temporal de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de incapacitación y tutelas, es decir, no se resolvió la cuestión de si era necesario legalizar o no la situación de los internados antes de la entrada en vigor de esa Ley; aunque sí se recogieron en la Memoria de 1985, en la página 214, las opiniones doctrinales de las Fiscalías sobre esta materia.

Pero el ámbito de preocupación de los Fiscales no se debe extender sólo a estos internamientos involuntarios, que no tienen su causa en un proceso penal, sino también a los internamientos en establecimientos psiquiátricos penitenciarios, de los presos preventivos, a los internamientos realizados al amparo de lo dispuesto en los artículos 8, números 1 y 3, y 9, número 1, del Código penal, y a los internamientos de los condenados, que no se les ha apreciado ninguna eximente, ni circunstancia atenuante, y que, sin embargo, con posterioridad a la condena, aparece en ellos una enfermedad mental.

Hay que ser conscientes de que el artículo 4, número 2, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, permite a éste «visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente».

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y dada la responsabilidad que tiene el Ministerio Fiscal, en la defensa de estas personas más necesitadas de ayuda, interés de todos los Fiscales:

1. Que se dé cumplida observancia a la Circular 2/84, de esta Fiscalía General.
2. Que, por lo menos, cada seis meses se revisen los internamientos de las personas ingresadas en establecimientos psiquiátricos, cualquiera que sea su denominación, tanto con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1983, como los ingresados al amparo de la legislación anterior, según ordena el artículo 211 del Código civil.
3. Que se realicen periódicas visitas, a los establecimientos públicos y privados, que tengan internados, enfermos psiquiátricos, revisando sus expedientes, con el fin de evitar posibles ingresos indebidos.
4. Que se haga un especial seguimiento mediante la apertura de fichas individuales de las personas ingresadas en los establecimientos psiquiátricos penitenciarios por causas tramitadas en el territorio de cada Fiscalía, con el fin de evitar la permanencia en estos establecimientos, de personas que pudieran reintegrarse a la sociedad, de acuerdo con lo dispuestos en los artículos 8, números 1 y 3, y 9, número 1, del Código penal. Cada seis meses se elevará por cada Fiscalía a la Fiscalía General del Estado una relación de personas ingresadas en estos Centros y las circunstancias que aconsejen su permanencia en los mismos.

## **POSICION JURIDICA DEL MINISTERIO FISCAL ANTE DETERMINADOS ACTOS PERTURBADORES DEL ORDEN EN VIAS PUBLICAS Y ESPECTACULOS DEPORTIVOS**

**Instrucción núm. 7/87, de 24 de noviembre**

### **I**

Son contrarias a toda convivencia democrática las recientes actitudes violentas que han alterado tan gravemente la paz y tranquilidad ciudadanas, y no sólo en las vías públicas de grandes ciudades, sino también en determinados recintos deportivos. Se trata siempre de actos insolidarios causantes de graves disturbios que deben ser objeto de una adecuada respuesta por la Justicia, y, sobre todo, de una especial atención e intervención del Ministerio Fiscal, en cuanto constituyen un ejercicio abusivo de derechos que reconoce y garantiza la Constitución que se enmarca claramente en el radio de la estricta antijuricidad penal.

Este desprecio y vulneración de los derechos de los demás ha tenido su desenvolvimiento de modo principal durante la celebración de manifestaciones autorizadas aprovechadas por desaprensivos para provocar atentados a la integridad personal, a los bienes y, sobre todo, desórdenes materiales que han llegado a producir gigantescos colapsos circulatorios originadores de innumerables perjuicios y molestias de gran magnitud que han inhabilitado a muchos ciudadanos no sólo para el ejercicio legítimo de sus derechos, sino también, y de modo principal, para el cumplimiento de sus deberes profesionales. Estos comportamientos colectivos, que ya no son aislados, en un Estado que recuperó hace tiempo sus libertades, consolidadas ya en nuestra sociedad pluralista, son absolutamente rechazables.

Pero la proyección de conductas de máxima incivilidad y el clima de violencia está llegando a los espacios acotados especialmente para la práctica de deportes, y, sobre todo, a los campos de fútbol. No se trata ya de la simple agresión verbal a jugadores y árbitros, que casi se conforma con las normas de cultura deportiva, sino de graves actos de violencia física provenientes de espectadores irascibles, cuyo control resulta muy difícil, y que desde hace algún tiempo están desbordando los límites indicadores del tránsito de lo tolerado en el área del apasionamiento deportivo, al de la ilicitud penal. No es necesario esperar la producción de actos de salvajismo tribal y de barbarie inusitada, como los que concluyeron en la conocida tragedia del estadio Heysel, de Bruselas, en 1985, con ocasión del partido de fútbol entre el Liverpool y la Juventus, de Turín, para denunciar y perseguir los ataques personales, los desmanes y desórdenes de todo

tipo en los espectáculos deportivos de masas. En modo alguno se atenúa la gravedad de los hechos acaecidos en nuestro territorio porque la escalada de la violencia haya llegado también a otros países con estructuras sociales y políticas semejantes al nuestro. Ni tampoco porque los organismos deportivos competentes estén tomando severas medidas sancionadoras, que, por lo demás, repercuten gravemente en la economía y, en todo caso, en el crédito de los clubs titulares de los estadios en que los incidentes tienen lugar, que así resultan responsables objetivos, al ser, normalmente, ajenos a una violencia anónima que ni promueven, estimulan o toleran, sino que expresamente proscriben sus directivos en continuas llamadas a los aficionados y de modo especial a sus socios.

## II

Conocemos que la autoridad gubernativa ha adoptado especiales medidas para el futuro a fin de poner límites a las manifestaciones que pretendan celebrarse en las grandes arterias de las ciudades cuando sea previsible una alteración del orden público, y que ella misma y el Consejo Superior de Deportes han analizado las posibles respuestas a la violencia en el deporte, tanto en los espacios destinados a su práctica como en las gradas y en las inmediaciones de los mismos. Tales medidas, situadas en el plano de la prevención, se complementan por parte de la Fiscalía General del Estado con algunas instrucciones cuyo fin es recordar al Ministerio Fiscal las abstractas tipicidades de hechos como los anteriormente descritos a fin de que, llegado el momento de su calificación jurídica, el criterio interpretativo sea uniforme.

A) El derecho a manifestarse pacíficamente tiene naturaleza constitucional (artículo 21.1 de la Constitución) y, en consecuencia, goza de protección penal el ejercicio de la libertad de manifestación. De ahí que el artículo 166 del Código penal, en formulación general, establezca penas para quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de reunión o perturbaren el curso de una reunión o manifestación lícita, y que el artículo 195, párrafo segundo, prevea también sanciones privativas de libertad, de derechos y pecuniarias para la autoridad o sus agentes que emplearen amenazas o coacciones para coartar el libre ejercicio del derecho de reunión. Siendo, además, un deber de la autoridad gubernativa el proteger las reuniones y manifestaciones frente a quienes tratan de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de este derecho (artículo 3.2, de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho común).

Pero también es cierto que un ejercicio abusivo del derecho de manifestación puede desembocar en conducta penalmente ilícita, pues no se trata de un derecho absoluto e ilimitado. Su ejercicio se halla sujeto a limitaciones específicas derivadas de su necesaria coexistencia con el contenido de otros derechos igualmente fundamentales, y el radio en que se desenvuelve es amplio, pero no indefinido, hasta el punto de que el artículo 21.2 de la Constitución contempla supuestos impositivos del nacimiento del derecho a manifestarse, al admitir que la autoridad gubernativa podrá prohibir las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes; norma que, en su literalidad, está también recogida en el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio. Así, even-

tuales comportamientos antijurídicos representan un obstáculo para la originación del derecho al prevalecer sobre él otros de mayor rango como son la tutela de la persona o sus bienes o los valores esenciales para la sociedad, las instituciones o el Estado (el mantenimiento del orden público).

Del exceso en el ejercicio del derecho por vulneración de los límites legales, surge una relación evidente entre Justicia penal y libertad de manifestarse. Mas estos límites, a los que pueden anudarse consecuencias penales una vez adquirido el derecho, tienen carácter excepcional y requieren una exacta concreción típica. Realmente los límites al derecho ya perfecto deben ser de la misma naturaleza que los obstativos al nacimiento del derecho. Por ello aquí nos interesan los que, directa o indirectamente, encajen en típicas conductas de desorden y de provocación al desorden:

1. El artículo 5, apartado b), de la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983, permite a la autoridad gubernativa suspender, y, en su caso, disolver las manifestaciones cuando se produzcan alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. Se trata de manifestaciones lícitas *ab initio* o con ilicitud sobrevenida, pues, sobre todo la disolución, es indicativa de que ha comenzado a celebrarse. Dada la analogía de los términos de este artículo 5 b) y de los empleados en el tipo de injusto que define el artículo 169 del Código penal bien puede decirse que éste representa los efectos penales del incumplimiento de la orden de disolución motivada por alteraciones del orden público. Se sancionan en él tanto a los promotores y directivos de manifestaciones que no las disolvieren en el acto a requerimiento de la autoridad o sus agentes, como a los que celebren o intentaren celebrar de nuevo una manifestación prohibida o disuelta. Tiene este tipo penal la particularidad de que también constituye conducta antijurídica (artículo 169, párrafo segundo) el hecho de que los meros asistentes no se retiren de la manifestación tras el requerimiento.

En conclusión, los límites aquí están constituidos por las alteraciones efectivas del orden público con peligro potencial para personas y bienes, consecuencia lógica porque del «buen orden» de las manifestaciones responden y garantizan los organizadores (art. 4.2.º de la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983).

2. Como el derecho de manifestación reconocido es el que se ejerce de modo «pacífico y sin armas» (art. 21.1, de la Constitución, y art. 1.1 de la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983), se reputan manifestaciones ilícitas aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos (art. 167.2.º del Código penal), las cuales serán disueltas por la autoridad gubernativa [art. 5 a), de la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983], sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurrirán los promotores o directores por no impedir las circunstancias determinantes de su ilicitud (art. 167.2, párrafo primero) y los asistentes portadores de armas o instrumentos peligrosos (art. 167.2, párrafo segundo).

Y ahora sólo unas breves anotaciones a este artículo.

Es suficiente cualquier clase de armas —y, por supuesto, no sólo las de fuego—, ya que sus características únicamente influyen en la penalidad (art. 167.2, párrafo último). Basta el porte, sin que se requiera hacer uso de ellas. Los portadores han de ser asistentes a la manifestación, no extraños que puedan sumarse a ellas por otros motivos, para interrumpirla, perturbarla o provocar su disolución.

3. Existen supuestos concursales y agravados que, lógicamente, repercuten en la penalidad de los anteriores delitos:

— Las penas previstas en los artículos 167 y 169 para directivos y asistentes a las manifestaciones se impondrán en el grado máximo o la superior en grado, cuando como consecuencia de la manifestación se produjeran hechos delictivos que tengan asignada pena igual o superior a la de prisión mayor (art. 170 del Código penal).

— Cualquier persona que con ocasión de la celebración de una manifestación realizare actos de violencia contra la autoridad y los agentes, personas o propiedades públicas o privadas, será castigada con la pena correspondiente al delito cometido en su grado máximo (art. 16, párrafo último).

Las personas referidas pueden formar o no parte de la manifestación. No es infrecuente —y existen sujetos desaprensivos que con ello han adquirido notoriedad nacional— que durante el desarrollo de las mismas, incluso cuando la manifestación es permitida, algunos la aprovechen para cometer delitos de lesiones, atentados, desacatos, desórdenes públicos, incendios o daños en las vías públicas, edificios y establecimientos comerciales o de crédito. Si la manifestación fuere ilegal y los autores de los disturbios partícipes de la misma, las penas de la manifestación estarán en concurso real con las del delito o delitos cometidos.

En esta misma línea de excluir el concurso de leyes, se halla el artículo 171 párrafo segundo, en cuanto dispone que las penas de los artículos 167 y 169 se impondrán, en sus respectivos casos, sin perjuicio de las que procedieren por delitos cometidos con ocasión de la manifestación celebrada o intentada.

B) Si la perturbación del orden es noción que puede convertir la manifestación pacífica que discurra por las vías públicas en un acto penalmente ilícito, esa misma alteración del orden puede originar un delito de desórdenes cuando tenga lugar en ciertos espacios de uso común, abiertos o cerrados, y particularmente en los espectáculos públicos, cualidad que concurre en los estadios construidos para la práctica del fútbol.

1. En la estructura de la norma que establece directamente esta modalidad de desórdenes (art. 246 bis), se observa una nota de generalidad a la que habrá de acomodarse la propia individualidad de los hechos a valorar. En ella se manejan dos expresiones esenciales para la aparición de la figura de delito: producir tumulto o turbar gravemente el orden. Al hallarse los términos en situación de alteratividad bastará la producción de cualquiera de ellos: el tumulto o la turbación grave del orden en los espacios destinados a la celebración de espectáculos públicos, en nuestro caso en los campos de fútbol. Y la diferencia entre estos giros es importante, porque así como la perturbación puede ser obra de uno, un acto individual, en el tumulto el sujeto activo es múltiple, procede de una colectividad de personas. Los actos generadores de tumulto son más graves, por cuanto no constituyen falta los tumultos causados en los espectáculos, al contrario de lo que acontece con las perturbaciones del orden. «Turbar gravemente el orden en... espectáculos» es constitutivo de delito en el artículo 246 bis, en tanto que «perturbar levemente el orden en... espectáculos» integra la falta contra el orden público del artículo 569.1.º El elemento a ponderar en trances de señalar la línea divisoria entre delito-falta es marcadamente cuantitativo: la entidad de los desórdenes causados en las gradas. Los graves sólo admiten la calificación de delito. No afecta a la conceptualización de los desórdenes como graves la circunstancia de que sea leve el resultado dañoso producido en personas o bienes al no ser este elemento del tipo, sino que podrá ser apreciado en concurso con el delito de desórdenes.

En el momento en que haya de decidirse sobre la gravedad o levedad de la perturbación del orden no deben ser tenidos en cuenta conceptos *a priori*, al estar condicionados aquellas magnitudes por las circunstancias del hecho dado en cada caso, tales como la extensión alcanzada por los desórdenes atendidas las características del campo de juego, la capacidad del estadio y número de espectadores; la reacción del público y los posibles actos tumultuarios de protesta.

### III

En conclusión, ante procedimientos que revistan la naturaleza de los anteriormente aludidos, el Ministerio Fiscal, continuando en vanguardia de la defensa de la legalidad, debe intervenir en ellos directamente a fin de que con una actuación sancionadora inmediata y eficaz pueda darse la réplica justa que la sociedad exige a los provocadores de disturbios en las vías públicas y espectáculos deportivos, y satisfacción legítima y plena a la generalidad de las personas que sólo aspiran a que la tranquilidad y el orden imperen en los lugares en donde trabaja, pasea o, simplemente, se divierte.





**MEDIDAS JUDICIALES TENDENTES A IMPOSIBILITAR  
LA HUIDA DE PROCESADOS EN SITUACION  
DE LIBERTAD PROVISIONAL**

**Instrucción núm. 1/88, de 11 de enero**

1. La conciencia social justamente afectada por conductas que han contribuido de modo grave al deterioro de la libertad y la seguridad, reclama para determinados delincuentes el mantenimiento de la situación de prisión provisional incondicional. Mas hã y que reconocer que la prisión provisional obligatoria tiene como ineludible una causa de resolución *ex lego*, manifestada en el transcurso de concretos plazos, y que en la prisión provisional facultativa han de ser coonestados, junto a la entidad de la pena, los principios constitucionales de la limitación de la privación de libertad y de la presunción de no culpabilidad, con lo que ante la antítesis seguridad colectiva-libertad individual, en determinadas circunstancias, ha de prevalecer ésta. Y precisamente porque se trata de conseguir siempre un equilibrio estable entre las situaciones de libertad-prisión de los inculpados, es decisión absolutamente ajustada a la legalidad que el *status* de sujeción que comporta la prisión provisional pueda modificarse o transformarse en libertad, ya lo sea acompañada de garantías patrimoniales o, simplemente, merced a comparecencias con periodicidad variable. Para ello se valora no sólo la gravedad de la pena a solicitar, sino también el tiempo de privación de libertad, pues siendo también principio constitucional el de que los procesos han de desarrollarse sin dilaciones indebidas, si éstas se produjeran, en la alternativa prisión-libertad esta última prima incondicionadamente una vez transcurridos ciertos plazos privados el inculpadado de ella. De este modo puede garantizarse que la prisión preventiva no se extienda más allá del *quantum* de la consecuencia punitiva previsible a cumplir en el futuro, razón por la que la actividad del Ministerio Fiscal, intransigente defensor de la legalidad, debe centrarse en impedir las prisiones provisionales injustificadas y las excedentes del límite legal.

2. Pero el Ministerio Fiscal, al mismo tiempo, debe proveer a que el escrito y efectivo cumplimiento de las penas sea una realidad, cooperando para que quienes se hallen legítimamente en libertad provisional comparezcan en su momento al acto del juicio oral, trámite necesario para el cumplimiento efectivo de la sanción que pueda imponerse. Y, en casos singulares, para procurar el fortalecimiento de la función cautelar o de aseguramiento de la ejecución, instará incluso la revisión de la situación de los procesados en libertad provisional, siempre en el marco de las exigencias legales. Procediendo así, hechos de extraordinaria grave-

dad acaecidos recientemente es difícil que se produzcan en el futuro. Nos referimos a aquellas situaciones legales de libertad provisional —derivadas unas veces de la llegada del *dies ad quem* de la prisión provisional obligatoria, y otras de la flexibilidad que preside las prisiones facultativas— que han permitido a algunos inculcados —siempre personas muy caracterizadas social y políticamente— sustraerse a la acción de la Justicia huyendo clandestinamente del territorio nacional.

Sobre el tema y materias con él relacionadas interesa destacar dos notas: Una es que en la generalidad de estos casos, los Jueces y Tribunales habían interpretado ajustadamente las normas procesales referidas a prisiones y libertades provisionales. Y otra, que las situaciones de libertad que hayan subseguido a la prisión provisional no gozan de estabilidad y permanencia. La nueva conversión, antes de la conclusión del proceso, de la libertad en prisión provisional está autorizada por el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al reconocer en él que los autos de libertad provisional sean reformables de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa, y en su consecuencia el procesado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente. Toda libertad acordada está sujeta a la regla *rebus sic stantibus*, modificable, pues, según las circunstancias concurrentes en cada momento de la instrucción. Esta interpretación no ofrece duda alguna para los casos en que los plazos máximos del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se hayan extinguido. En el supuesto contrario, esto es cuando la libertad tenga su causa en el agotamiento del plazo máximo que garantiza el artículo 17.4 de la Constitución, ¿subsiste la posibilidad de acordar otra vez la prisión provisional? Lo que está claro es que llegado a su término el plazo máximo, procede la excarcelación automática, y no condicionada siquiera por la imposición de una fianza, ya que el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fija imperativamente el deber de la puesta en libertad transcurridos los plazos legales (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de diciembre de 1984). Se trata de un derecho del imputado sin límites actuales. Mas esos plazos previstos para la prisión provisional pueden superarse si después de la excarcelación la conducta del inculcado aún no juzgado, es subsumible en alguna causa legal que expresamente lo prevea. Esta posibilidad se recoge en la Instrucción de esta Fiscalía 1/1983, de 6 de mayo, para las hipótesis en que decretada la libertad el inculcado no compareciere a los llamamientos judiciales, haciéndose imprescindible un nuevo auto de prisión, y ello incluso cuando los plazos máximos de permanencia en situación de prisión provisional estuvieren ya cumplidos, pues cualquier otra interpretación llevaría al absurdo de que la causa quedaría indefinidamente paralizada cuando el inculcado que se encontrare en estas circunstancias decidiese su incomparecencia ante los Juzgados y Tribunales. En apoyo de esta interpretación está el artículo 504, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al establecer que concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional, será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo; y éste, a su vez, dispone que procede la prisión provisional cuando concurren la primera y tercera circunstancias del artículo 503 y el inculcado no hubiera comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

De cuanto antecede se desprende que la incomparecencia injustificada ante cualquier llamamiento judicial recepticio o que haya llegado a conocimiento del

imputado determina un nuevo auto de prisión, cualesquiera hubiera sido la causa de la precedente situación de libertad.

3. La ocultación y la fuga son las causas normales de incomparecencia que determinan, con la frustración del proceso, la ineffectividad del *ius puniendi* del Estado. a fin de satisfacer las demandas sociales, deviene como imperativo el deber de impedir las, y de modo especial las huidas del territorio español de inculcados por hechos especialmente trascendentes. No siempre será fácil preverlas con la necesaria antelación, pero en muchos casos a la presunción de sustracción a la Justicia con eventualidad de huida o peligro real de fuga, contribuirá no sólo la entidad de la pena solicitada, sino también el poder económico del imputado. Ante presunciones de incomparecencia, y aun no concurriendo causa alguna hábil para cambiar la situación de libertad, el Ministerio Fiscal sí puede y debe instar la modificación temporal de la obligación *apud acta* de comparecer que regula el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal siempre que se estime que la periodicidad de aquélla no es la adecuada atendidas las circunstancias de cada caso. Si el citado artículo 530 dispone que el procesado que hubiere de estar en libertad provisional comparecerá los días que le fueren señalados en el auto y además cuantas veces fuese llamado, es claro que estas comparecencias deberán tener una periodicidad variable, según el mayor o menor riesgo de fuga u ocultación. Si el hecho de presentarse periódicamente en el Juzgado no garantiza totalmente la no evasión, no puede negarse que las comparecencias periódicas con pequeños intervalos de tiempo constituyen un eficaz medio de control de los imputados.

4. Resulta evidente que la solución ideal al tema que nos ocupa está en la rapidez y agilización de los procesos penales, para que el límite legal de prisión provisional no llegue a consumirse antes del juicio; más aún así siempre habrá procesos duraderos a lo que contribuyen las dificultades de la investigación o su complejidad. En tanto llega el momento de la aceleración judicial definitiva que permita concluir los procesos penales con imputados en prisión provisional en tiempo anterior a la resolución legal de esta situación, parecen oportunas las siguientes conclusiones que tienden a garantizar la presencia en el acto del juicio de los inculcados que se hallen en situación de libertad provisional, y para lo cual el Ministerio Fiscal cuidará de que se adopten estas medidas:

a) En los autos de libertad provisional se especificará de forma clara la periodicidad de los actos personales de comparecencia ante el órgano jurisdiccional, debiendo estar siempre el número de ellas en función tanto del desvalor social del comportamiento delictivo como del riesgo o peligro potencial de huida, sin que quepa excluir en singulares casos la periodicidad diaria, pues a ello no se opone el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) De igual modo, en los autos que acuerden la libertad se hará constar de modo expreso la prohibición para el imputado de abandonar el territorio nacional, a no ser que mediaren especiales circunstancias, en cuyo caso sería precisa una concreta autorización de la autoridad judicial competente.

c) Notificar los autos literalmente a los órganos correspondientes del Ministerio del Interior con el fin de que, llegado el caso, en los controles de Policía instalados en aeropuertos y fronteras, se impida la huida con una vigilancia eficaz.

d) En todos los casos de incumplimiento total o parcial de lo acordado en los autos que dieron lugar a la libertad provisional, procederá su inmediata revocación y la orden de busca y captura para el ingreso en prisión del inculcado.



# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

### CASOS LIMITE ENTRE EL ENCUBRIMIENTO Y LA RECEPCION

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987)

ELENA FARRE TREPAT  
Profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

#### I

Francisco S. V. recibió de su amigo Santiago M. F., autor de un delito de robo, algunas de las joyas sustraídas para que las vendiera y le entregara después el dinero obtenido. Francisco S. V. recibió por la venta de las joyas la cantidad de 29.700 pesetas, que entregó a Santiago. A cambio de ello éste le dio la cantidad de 1.000 pesetas.

La sentencia de la Audiencia condenó a Francisco S. V. como *autor de un delito de receptación* del artículo 546 bis a) del Código penal con la agravante de reincidencia a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y multa de 60.000 pesetas. Contra esta resolución el Ministerio Fiscal interpuso recurso en favor del reo. El Tribunal Supremo estimó procedente el recurso y condenó al procesado como *encubridor de un delito de robo con fuerza en las cosas*, con la agravante de reincidencia a la pena de tres meses de arresto mayor.

#### II

El presente comentario se centra en el análisis de la conducta de Francisco S. V. Esta clase de comportamientos, en los que el sujeto vende los efectos del delito anterior (en otros casos se limita a buscar

un comprador, o bien a acompañar al autor al lugar donde aquél se encuentra), y obtiene por ello una remuneración, son comportamientos que se dan con mucha frecuencia en la práctica. Su interés radica principalmente en el hecho de que todavía no se ha llegado a un acuerdo con respecto a su tratamiento jurídico-penal. Ya la diversidad de calificaciones que en relación al supuesto de hecho expuestos aportan la Audiencia y el Tribunal Supremo pone de manifiesto esta falta de acuerdo. Pero la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo es contradictoria en el tratamiento de esta clase de conductas. En reiteradas ocasiones ha considerado el Tribunal Supremo que hechos de esta clase constituyen un delito de encubrimiento del artículo 17,1 del Código penal (1), pues al vender o ayudar a la venta del producto el intermediario «auxilia a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito». En otras sentencias, en cambio, ha considerado estos hechos constitutivos de un delito de receptación (2), por entender que mediante la gratificación que obtiene el sujeto «se aprovecha para sí de los efectos del delito». La impresión de desconcierto que se advierte en general en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al tratamiento de estos casos se ve confirmada por el hecho de que el mismo Tribunal Supremo haya afirmado en alguna ocasión que nos encontramos aquí ante «supuestos híbridos» (3), «de características confusas» (4) y «de difícil encuadramiento» (5).

### III

1. En general, las relaciones existentes entre el encubrimiento y la receptación, que constituyen el marco dentro del cual deben encuadrarse los supuestos examinados, no son pacíficas (6). No se duda

(1) En este sentido, las sentencias de 26 de mayo de 1981 (A. 2.282), 14 de diciembre de 1981 (A. 5.002), 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 30 de diciembre de 1983 (A. 6.759), 6 de marzo de 1984 (A. 1.711), 3 de mayo de 1985 (A. 2.435), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 19 de noviembre de 1986 (A. 6.985), 7 de mayo de 1987 (A. 3.023) y 21 de octubre de 1987.

(2) Sentencias de 11 de noviembre de 1982 (A. 7.102); 3 de febrero de 1983 (A. 717); 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), en la que la gratificación consistió en objetos provenientes del delito anterior; 8 de marzo de 1983 (A. 1.782); 13 de diciembre de 1984 (A. 6.273); 29 de abril de 1985 (A. 2.148); 27 de junio de 1985 (A. 3.078), en estas dos últimas parte de los efectos que recibió como gratificación también procedían directamente del delito anterior. También estimaron receptación las sentencias de 26 de noviembre de 1985 (A. 5.488), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817) y 16 de marzo de 1987 (A. 2.169).

(3) En este sentido se han expresado las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 4 de febrero de 1985 (A. 866), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(4) Así la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415).

(5) Sentencia de 3 de octubre de 1986 (A. 5.475).

(6) Sobre las relaciones entre el encubrimiento y la receptación en general véase CONDE-PÚMPIDO: *Encubrimiento y receptación*, 1955, pp. 236 y ss., y 299 y ss. Así como QUINTANO: *Tratado de Derecho penal*, P. E., t. III, pp. 376 y ss.

en atribuir una parte importante de las dificultades que existen para la distinción de ambas figuras a la desafortunada reforma de 9 de mayo de 1950, que dejó pasar la oportunidad que le brindaba el Proyecto de Reforma de adecuar la regulación legal del encubrimiento y la receptación al sentir doctrinal y a las legislaciones contemporáneas (7). La Ley de 9 de mayo de 1950 reguló en un delito autónomo, en el capítulo VII del título XIII del Código penal, sólo una parte de los supuestos que comprendía anteriormente el artículo 17,1: los de aprovechamiento en beneficio propio de los efectos procedentes de los delitos contra la propiedad (término que se modificó posteriormente por el de bienes). Los restantes supuestos, es decir, aquéllos en los que el autor auxilia a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, continuaron regulándose en el artículo 17,1; por lo que continuó vigente para estos casos la discusión doctrinal existente en torno a la naturaleza jurídica de los mismos (8). El sistema que se siguió fue distinto, sin embargo, en relación con el aprovechamiento de los efectos que provienen de una falta —se refiere a ellos expresamente el artículo 546 bis c). En estos casos se establecen una serie de diferencias estructurales con respecto a la receptación y al encubrimiento de delitos (9). Si bien este distinto tratamiento no se estima justificado y más bien se considera una fuente de complicaciones (10).

2. Pero tratándose de un problema práctico de primer orden la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha esforzado en establecer criterios que permitan delimitar con la mayor claridad posible las relaciones entre ambas figuras. Con este fin ha acogido también, como se expondrá a continuación, los puntos de vista sostenidos por diversos sectores doctrinales. En este sentido últimamente se ha puesto

---

(7) En el proyecto de reforma se trasladaban al libro II todas las modalidades del artículo 17: en parte a los delitos contra la Administración de Justicia, en parte a los delitos contra la propiedad. Véase, sobre ello, MARTOS NÚÑEZ: *El delito de receptación*, 1985, pp. 54 y ss.

(8) Existen en nuestra doctrina básicamente tres posiciones en relación con la naturaleza del encubrimiento del artículo 17,1. A) En el artículo 17,1, a diferencia de los supuestos 2 y 3 del mismo artículo, se regula un acto de participación en el delito, el denominado «auxilio complementario» (Conde-Pumpido, Rodríguez Mourullo, Sáinz Cantero). B) El encubrimiento en ninguna de sus modalidades constituye una forma de participación, pero tampoco se trata de un delito plenamente autónomo (Mir Puig, Gómez Benítez y O. de Toledo/S. Huerta). C) El encubrimiento constituye un delito autónomo que lesiona un bien jurídico distinto al lesionado por el delito anterior (Silvela, Antón Oneca, Martos Núñez, Bustos y Cobo/Vives). En general, sobre esta temática, véase RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P. G., pp. 778 y ss. MIR PUIG: *Manual de Derecho penal*, P. G., pp. 352 y ss. O. DE TOLEDO/S HUERTA: *Derecho penal*, P. G. «Teoría Jurídica del delito», 1986, pp. 549 y ss.

(9) Cfr. BAJO-FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal*, P. E., en «Delitos patrimoniales y económicos», 1987, pp. 337 y ss.

(10) En sentido crítico MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, P. E., 6 ed., 1985, pp. 314 y ss. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español*, P. E., vol. II, 1987, p. 702.

de relieve en reiteradas sentencias (11) que existen entre el favorecimiento real del artículo 17,1 y la receptación del artículo 546 bis a) diversos elementos comunes a la vez que también algunos elementos diferenciales. Los *elementos comunes* a ambas figuras, en torno a los cuales existe acuerdo y en cuya consideración no entraremos en este lugar, son los siguientes: 1) Una intervención posterior en un delito ya cometido y que se halla en fase de agotamiento. 2) Conocimiento de la infracción previamente perpetrada. 3) Que el sujeto no haya participado en el delito anterior como autor o cómplice. Los *elementos diferenciales* que se señalan son los siguientes: 1) Por una parte, se advierte que el artículo 17,1 es aplicable a cualquier especie delictiva mientras que el artículo 546 bis a) sólo opera en los delitos contra los bienes, y, sobre todo, 2) se apunta hacia el hecho de que en el número 1 del artículo 17 el encubridor se limita a auxiliar a los delinquentes para que se aprovechen de los efectos de la infracción, obrando desinteresadamente y con «animus adjuvandi», mientras que, en el artículo 546 bis a), el receptor aprovecha para sí los efectos del delito, actuando con propósito de enriquecimiento o «animus lucrandi». Fundamentan la distinción en este último aspecto un gran número de sentencias (12). Sin embargo, este punto de vista plantea problemas en relación con los supuestos que aquí examinamos.

3. En primer lugar, es preciso señalar que al situar principalmente en el plano subjetivo el elemento diferencial esencial entre ambos delitos, la jurisprudencia se adhiere al punto de vista sostenido por un importante sector de nuestra doctrina, que también considera el elemento subjetivo el único que permite distinguir entre ambas figuras. En este sentido señala Conde-Punpido que si la ayuda que se presta al autor del delito contra los bienes «se realiza para obtener un lucro propio, podría hablarse de receptación, mientras que si se obra con otro fin... se dará favorecimiento. Hay que tener en cuenta siempre que el receptor actúa por un fin de lucro, el encubridor complementario por el mero fin de auxiliar al culpable a consolidar las ventajas de su delito. Es el móvil de la acción el elemento diferenciador» (13).

(11) Entre otras, las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 4 de febrero de 1985 (A. 866), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 29 de noviembre de 1985 (A.A. 5.504 y 5.497), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(12) En este sentido, por ejemplo, las sentencias de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 15 de junio de 1983 (A. 3.538), 17 de enero de 1984 (A. 29), 20 de marzo de 1984 (A. 1.838), 27 de marzo de 1984 (A. 2.297), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 22 de octubre de 1985 (A. 5.039), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817), 10 de marzo de 1987 (A. 2.140) y 21 de octubre de 1987.

(13) *Encubrimiento y receptación*, 1955, p. 21, nota 21, si bien posteriormente matiza este criterio en el sentido que se expondrá. También fundamentan la distinción exclusivamente en el elemento subjetivo QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho penal*, P. E., T. III, pp. 364 y 377. Aunque considera que no «debe ser tomado



Pero aun dentro de este punto de vista, que sitúa en la parte subjetiva el elemento diferencial, es preciso distinguir dos tendencias, que conducen a resultados distintos en relación a las conductas que estudiamos. Por una parte, algunos autores así como un sector de la jurisprudencia interpretan la voluntad de auxiliar propia del encubrimiento en un sentido altruista, generoso y desinteresado. De esta forma se expresan Rodríguez Devesa, cuando señala que en «el encubrimiento el autor ha de proceder desinteresadamente» (14), y Quintano, quien estima que sobre todo después de la Reforma de 1950 hay que entender que el móvil altruista configura el encubrimiento y el móvil egoísta la receptación (15). Asimismo, la sentencia de 25 de octubre de 1983 (A. 4.795) manifiesta que la «diferencia fundamental que existe entre el delito autónomo de receptación o encubrimiento con ánimo de lucro del artículo 546 bis a), párrafo primero, del Código penal, y la figura de encubrimiento-participación del número 1 del artículo 17 del propio texto legal radica en la exigencia en aquél, como elemento esencial, de un ánimo de lucro que mueva la actividad del autor que no se requiere, o por mejor decir «se rechaza», en la propia definición del segundo...» (16). En esta dirección se encuentra la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, que restringe los supuestos de favorecimiento real, situándolos entre los delitos contra la Administración de Justicia, entre otros, a los casos en que el autor auxilia, sin ánimo de lucro propio, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito (art. 423,1).

Según esta interpretación restrictiva del artículo 17,1, que no tiene base legal, quedarán al margen del mismo todos los casos en que el autor no actúa desinteresadamente, sino con ánimo de obtener un lucro propio. Estos supuestos pueden dar lugar a un delito de receptación. De seguirse este criterio de delimitación, las conductas de intermediarios que aquí comentamos, en las que normalmente concurre un móvil lucrativo y no generoso y desinteresado, quedarían al margen desde un principio del delito de encubrimiento del artículo 17,1 del Código penal, pudiendo en todo caso subsumirse en el delito de receptación siempre que concurren todos los requisitos del mismo (17).

4. Junto a esta posición restrictiva del encubrimiento, carente de base legal, otro sector doctrinal y jurisprudencial se limita a requerir

---

este criterio al pie de la letra, por ser posibles encubrimientos del artículo 17 perfectamente lucrativos para el encubridor, como son los retribuidos». RODRÍGUEZ DEVESA, en *Derecho penal español*, P. G., 1981, pp. 786 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, en *Compendio de Derecho penal*, P. E., 1985, p. 353.

(14) *Ob. cit.*, pp. 786 y ss.

(15) *Ob. cit.*, pp. 364 y ss. y 377.

(16) En este mismo sentido entre otras las sentencias de 4 de diciembre de 1985 (A. 5.982), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(17) Llega, por tanto, a soluciones inconsecuentes con el punto de vista del que parte inicialmente la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415).

un distinto ánimo en una y otra figura, sin precisar más sobre las razones que han impulsado al autor a realizar su conducta. «En el delito de receptación del artículo 546 bis a) ha de darse un «*animus lucrandi*» y en el encubrimiento-participación del citado artículo 17, número 1, un «*animus adjuvandi*» (18). El «*animus adjuvandi*», constituye, por lo tanto, un elemento necesario, pero también suficiente en el aspecto subjetivo, para que concurra el encubrimiento del artículo 17,1. No es preciso que el agente actúe desinteresadamente o con ánimo altruista o generoso, ni queda excluida la citada tipicidad por el hecho de que el móvil de la conducta sea el lucro. Como señala Conde-Pumpido es suficiente con que se realice un acto que represente un auxilio para el aprovechamiento de los culpables, sea cual sea el fin que guiaba el acto, es decir, la compasión, el lucro o el afán de perfeccionar el delito iniciado (19). Según esto, es perfectamente posible la figura del encubrimiento del artículo 17,1 realizada con ánimo de lucro. Por consiguiente las conductas de intermediario, que aquí examinamos, podrán subsumirse en el citado tipo del encubrimiento. En este sentido algunas sentencias del Tribunal Supremo se refieren a estos supuestos como de «*favorecimiento real retribuido*» (20).

Pero en esta clase de conductas concurren en el agente los dos elementos subjetivos indicados: el ánimo de auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, pero también el ánimo de aprovecharse para sí de alguna forma de los mismos. Por ello, tampoco puede descartarse, en principio, la aplicación a estos casos del delito de receptación. Podría acudirse, en todo caso, a un concurso de normas o de delitos, sin embargo, el Tribunal Supremo se adhiere a una tercera vía de solución.

En efecto, en relación a esta clase de supuestos algunas sentencias del Tribunal Supremo matizan la anterior distinción entre el encubrimiento y la receptación en el sentido de considerar como elemento diferencial entre ambas figuras el «*interés principal*» que ha movido al agente. Cuando el autor persigue *principalmente* —aunque consiga también cualquier provecho para sí— ser útil a otra persona ayudándola a consolidar las ventajas que proceden del hecho delictivo, se estará en la hipótesis del artículo 17,1, mientras que será de aplicación

---

(18) Sentencia de 29 de noviembre de 1985 (A. 5.504). En el mismo sentido, entre otras, las sentencias de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 15 de junio de 1983 (A. 3.538), 17 de enero de 1984 (A. 29), 20 de marzo de 1984 (A. 1.838), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 22 de octubre de 1985 (A. 5.039), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817), 10 de marzo de 1987 (A. 2.140) y 21 de octubre de 1987.

(19) *Op. cit.*, p. 290. Le sigue RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, t. I, 1976, p. 919. También en este sentido las sentencias de 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 6 y 20 de marzo de 1984 (AA. 1.711 y 1.838, respectivamente) y 29 de noviembre de 1985 (A. 5.497).

(20) Así sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1985 (A. 866), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 23 de diciembre de 1988 (A. 7.982).

el delito de receptación si el sujeto actúa *primordialmente* con fin de lucro y provee a su propia utilidad (21). A esta posición se adhiere en sus fundamentos de derecho la sentencia que comentamos: «La más reciente doctrina de esta Sala... ha venido poniendo el acento diferenciador, en estos supuestos no del todo claros, en el ánimo o propósito que prima y predomina en el agente...». En la doctrina española han acogido también este punto de vista Conde-Pumpido (22) y Quintano, aunque con reservas (23).

5. Antes de exponer mi punto de vista sobre esta posición tiene interés hacer referencia a un grupo de sentencias, el ponente de las cuales es Vivas Marzal, que añade un nuevo factor a tener en consideración en la determinación de estos supuestos: «En la praxis —señala la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1985 (A. 866)— abundan y se dan con frecuencia casos límite, híbridos o mestizos que podrían bautizarse con la denominación de «favorecimiento real retribuido»... debiéndose en estos casos dirimir la cuestión atendiendo a diversos criterios circunstanciales, pero, muy especialmente, acudiendo a dos factores, esto es, a si la gratificación supone la percepción directa de parte de los efectos del delito, o si el encubridor, al prestar su cooperación, lo hizo movido principalmente por “animus adjuvandi” y sólo secundariamente por el “animus lucrandi” o viceversa; en el primer caso su comportamiento debe subsumirse en el artículo 17,1 del Código penal y, en el segundo, en el artículo 546 bis a) del referido cuerpo legal» (24).

#### IV

1. El criterio diferencial, que atiende exclusivamente al ánimo principal, en orden a la delimitación entre el encubrimiento y la receptación, debe rechazarse. En primer lugar, porque no tiene en consideración todos los elementos que intervienen en la delimitación legal de estas figuras. En segundo lugar, porque la aplicación en la práctica del citado criterio plantea grandes dificultades, como admite el Tribunal Supremo en varias sentencias también en la que comentamos (25), por no decir que resulta imposible.

Ya señaló Quintano que para intentar solventar las dificultades de carácter práctico que conlleva el indagar en la mente del autor

(21) Así la sentencia de 22 de octubre de 1985 (A. 5.041) y también las de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 21 de octubre de 1987.

(22) *Ob. cit.*, p. 301.

(23) *Ob. cit.*, p. 379.

(24) En idénticos términos se expresan las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(25) Así lo manifiestan las sentencias de 22 de octubre de 1985 (A. 5.041), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 21 de octubre de 1987, y también QUINTANO: *ob. cit.*, p. 379, y CONDE-PUMPIDO: *ob. cit.*, pp. 301 y ss.

cuál fue el móvil predominante, cabe acudir, aunque ello no constituya una solución definitiva del problema, a la consideración de factores circunstanciales como, por ejemplo, las relaciones que median entre el encubridor y el encubierto: que éstas sean de carácter comercial, de amistad, de conocimiento, de convivencia, de parentesco, etc. (26). El Tribunal Supremo ha acogido esta vía de solución en algunas sentencias: vía de solución que, por otra parte, admite siempre que se trata de determinar la voluntad que guiaba al autor (27). Así, por ejemplo, en varias sentencias la cantidad de dinero que a cambio de su colaboración recibe el intermediario se ha considerado una circunstancia a tener en cuenta para determinar el ánimo principal. Cuando la cantidad que se ha entregado ha sido poca, el hecho se ha calificado de encubrimiento (28); de receptación, en cambio, cuando la cantidad ha sido más importante (29). En esta línea se sitúan las sentencias de 9 de junio de 1986 (A. 3.125) y 7 de mayo de 1987 (A. 3.023). En ellas se establece la distinción en el ánimo predominante y se señala la posibilidad —cuando el «animus adjuvandi» es el imperante— de que se dé un encubrimiento con la esperanza en el sujeto de obtener alguna ventaja económica, pero «siempre que esta recompensa sea proporcionada a su secundaria actuación, pues si es de algún modo equiparable a la de su mandante, entonces su responsabilidad queda también equiparada, haciéndose reo del más grave delito de receptación». Parece, pues, que la cantidad de dinero que recibe el intermediario pasa a constituir realmente el elemento diferencial entre ambas conductas.

Las dificultades que surgen en la determinación de «ánimo principal» se ponen también de relieve, por ejemplo, en la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), que calificó de encubridora de un delito de robo a María Dolores M. R., quien había actuado de mediadora en la venta o intercambio por dinero y droga de los objetos robados. A cambio de ello recibió una dosis de heroína que se inyectó. El Tribunal Supremo estimó que la finalidad que movía principalmente la actividad de María Dolores no era la de obtener un provecho propio, sino la de ayudar a los autores del delito anterior y ello en base a la relación afectiva que la ligaba a uno de ellos —era su novia—, el hecho de que no se quedara con ninguno de los objetos robados —joyas, relojes, etc.— y a su estricta intervención facilitadora de la liquidación de aquéllos. Aun cuando se aceptase la califica-

(26) *Op. cit.*, p. 379.

(27) Sobre la forma de inducir la existencia del dolo de matar o de lesionar en orden a la distinción entre las lesiones consumadas y el homicidio frustrado, véase mi comentario: *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución*, en «ADPCP», 1986, pp. 269 y ss.

(28) Además de la sentencia comentada, las sentencias de 26 de mayo de 1981 (A. 2.282) y 21 de octubre de 1987, en las que la gratificación asciende a 1.000 pesetas.

(29) En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1983 (A. 1.782), 11 de noviembre de 1982 (A. 7.102), en la que el intermediario recibió 60.000 pesetas, y 13 de diciembre de 1984 (A. 6.273), con una ganancia de 600.000 pesetas.

ción de encubrimiento para este supuesto, no se puede dejar de reconocer que los argumentos por los que se llega a esta solución son discutibles y que, apuntando hacia otras circunstancias —como, por ejemplo, la drogadicción de la muchacha— se hubiera podido llegar también a la solución contraria. Lo más grave del caso es que la diferencia de pena entre el encubrimiento y la receptación puede ser considerable, como es el caso de la sentencia que se comenta. Por ello, el Tribunal Supremo ha considerado en alguna sentencia (30), que si no fuera posible determinar el ánimo principal que movía al agente, en virtud del principio «in dubio pro reo» habrá que castigar por encubrimiento.

2. En mi opinión, la nota distintiva entre ambas figuras debe extraerse tanto del texto legal como de la interpretación de los preceptos y no radica en un elemento estrictamente subjetivo tan difícil de determinar como el expuesto. La receptación consiste en que el autor se aproveche de los efectos procedentes del precedente delito y el encubrimiento en prestar auxilio a los delincuentes para que éstos se aprovechen de los efectos del mismo (31). En primer lugar, el *elemento diferencial* entre ambas figuras radica, por tanto, en determinar, como también ha manifestado el Tribunal Supremo en algunas ocasiones (32), el destinatario del aprovechamiento. Si el sujeto en cuestión se aprovecha para sí de los efectos del delito: receptación; si auxilia a los delincuentes para que se aprovechen: encubrimiento. Pero tampoco bastaría con cualquier clase de aprovechamiento por parte del encubridor para convertir el hecho en receptación. *Sólo concurre un delito de receptación si el aprovechamiento lo es de los efectos que proceden directamente del delito*. La denominada receptación sustitutiva, es decir, el aprovechamiento de los efectos adquiridos por lo sujetos a cambio de los efectos directos del mismo, queda al margen de la receptación descrita en el artículo 546 bis a).

3. Lo cierto es que no existe acuerdo en la doctrina penal española en relación al tratamiento de la *receptación sustitutiva*. Rodríguez Devesa se muestra contrario a su aceptación cuando exige que «los efectos en cuestión sean los provenientes del delito, y no lo es, verbigracia, el reloj comprado con el dinero sustraído» (33). Pero, en cambio, Conde-Pumpido considera que la receptación puede recaer sobre cualquier efecto de un delito contra los bienes, tanto si constituye un producto directo del mismo, como si es sustitutivo de

---

(30) Así la sentencia de 17 de enero de 1986 (A. 148).

(31) También las sentencias de 29 de octubre de 1976 (A. 4.379), 28 de febrero de 1977 (A. 719), 16 de octubre de 1978 (A. 3.167), todas de Hijas de Palacios, y 4 de octubre de 1978 (A. 3.083), entre otras.

(32) Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 3 de julio de 1984 (A. 3.775) y 6 de marzo de 1984 (A. 1.711), con referencias a otras sentencias.

(33) *Derecho penal español*, P. E., 8 ed., 1980, p. 575.

otros y se ha obtenido mediante permuta o compra con los objetos o dinero originarios (34). También Quintano y Rodríguez Mourullo aceptan este punto de vista (35).

Ciertamente, la discusión sobre la punibilidad o no de la recepción sustitutiva no puede moverse exclusivamente en el terreno de la letra del artículo 546 bis a); pues este precepto se limita a constatar que el aprovechamiento ha de serlo de los efectos de un delito contra los bienes. Por tanto, también el aprovecharse del producto del intercambio de los efectos directos puede ser considerado un aprovechamiento de los efectos, aunque sea indirectamente y en sentido amplio. Sin embargo, la impunidad de estos supuestos me parece evidente, ya que su aceptación comportaría una ampliación indeseable del tipo de la receptación a conductas no merecedoras de pena y conduciría también a una gran inseguridad jurídica. Supongamos, por ejemplo, que A, autor de un robo de joyas, se las vende a B y con el dinero que obtiene de la venta le compra a su esposa C un abrigo de pieles e invita a D y E a unas copas en el bar de F, con el dinero que le sobra. Su esposa C le regala más tarde el abrigo a su amiga G. De considerarse punible la receptación sustitutiva, no sólo la conducta de B constituiría delito, sino también las de C, D, E, F y G, en la medida en que conocieran la procedencia del dinero.

Aunque no se infiera claramente de la letra de la Ley la impunidad de la receptación sustitutiva puede extraerse del fundamento mismo del delito de receptación. Constituye una opinión doctrinal comúnmente admitida la que atribuye a la receptación un doble fundamento (36). En primer lugar, se castiga al receptor porque con su actividad promueve la comisión de delitos contra la propiedad, dando lugar a hechos antijurídicos que no se producirían si el autor no tuviera la seguridad de poder obtener el provecho que le garantiza el receptor. La receptación constituye una forma indirecta de protección de los bienes jurídicos atacados a través de los delitos precedentes. En segundo lugar, la actividad del receptor aumenta o completa la lesión del bien jurídico, que produce el delito anterior. Pues bien, en las conductas de receptación sustitutiva no concurre ninguna de las dos razones señaladas. Por una parte, porque únicamente el que intercambia el efecto del delito anterior en dinero u otro producto o lo acepta tal como es, por las razones que sean, hace surgir en los posibles delincuentes la expectativa de que podrá obtener algún provecho de la realización de un delito contra los bienes. En el ejemplo anterior, tan sólo la conducta de B, garantiza

---

(34) *Ob. cit.*, p. 198.

(35) QUINTANO: *ob. cit.*, pp. 395 y ss., aunque con reservas. RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, t. I, pp. 917 y ss.

(36) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA; *Derecho penal español*, P. E., p. 573, MUÑOZ CONDE: *ob. cit.*, p. 314. BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 331 y ss.

a A la obtención de un provecho efectivo de su delito (37). Por otra parte, porque sólo aquél que obtiene directamente el efecto del delito, puede proseguir o aumentar la lesión del bien jurídico atacado con el delito anterior.

## V

1. Después de lo expuesto en torno a la receptación sustitutiva, cabe concluir que Francisco S. V., así como otros sujetos que lleven a cabo conductas de intermediarios, no podrán ser considerados normalmente autores de un delito de receptación. El provecho que el intermediario obtiene en este caso proviene indirectamente de los efectos del delito. Sería distinto si, como sucede en ocasiones, la gratificación consiste en uno o varios de los efectos provenientes del delito anterior, en cuyo caso sí puede considerarse al intermediario autor de un delito de receptación. Así lo ha estimado también el Tribunal Supremo en varias sentencias (38). De cualquier forma, dado que en estos supuestos límite que se analizan, la delimitación entre el aprovechamiento directo o indirecto de los efectos del delito puede plantear dificultades, considero acertada la solución de la P.A.N.C.P. de incluirlos expresamente en el delito de receptación.

Ahora bien, aun cuando su conducta no comporte un aprovechamiento directo de los efectos del delito, el intermediario deberá ser considerado, en mi opinión, *partícipe en un delito de receptación*. Lo que realmente realiza este sujeto, en todo caso, es una intervención en un delito de otro, del verdadero receptor. Su intervención puede consistir en una inducción al delito de receptación —si logra causar en el receptor la resolución de cometer el delito—, o bien de cooperación al mismo. En este último caso su aportación puede constituir una cooperación necesaria (art. 14,3) o sólo una complicidad en la receptación (art. 16) (39). También el Tribunal Supremo

---

(37) En base a estas consideraciones cabría sostener que la receptación de dinero se situaría normalmente al margen de la punibilidad; pues, al constituir el dinero el efecto del delito anterior, el autor, normalmente, no precisará de ulteriores conductas para poder aprovecharse del mismo, como sucede, en cambio, si se trata de joyas u otros objetos. Esta cuestión no ha sido planteada doctrinalmente en España. En Alemania se acepta la receptación de dinero y se discute si debe tratarse exclusivamente del dinero obtenido con el delito anterior, así la doc. dom., o bien si cabría receptación también sobre el dinero intercambiado, así ROXIN: *H.Mayer-Festschrift*, pp. 470 y ss. El Tribunal Supremo español ha aceptado la receptación de dinero en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1983 (A. 4.141).

(38) Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 19 de abril de 1985 (A. 2.148) y 27 de junio de 1985 (A. 3.078).

(39) Sobre la difícil distinción entre cooperación necesaria y complicidad véase GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 152 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, pp. 872 y ss. MIR PUIG: *Derecho penal*, parte general, pp. 348 y ss.

ha tenido en cuenta este aspecto de intervención en un hecho ajeno para calificar, en la sentencia de 26 de mayo de 1983 (A. 2.784), la conducta de José C. A. de cooperación necesaria en un delito de receptación. Este se limitó a poner en contacto a su padre —comprador de las joyas robadas— con el autor del robo, trasladando a aquél en el automóvil de su propiedad hasta el lugar donde se consumó la operación.

2. Pero, ciertamente, con su aportación, el intermediario no se limita a intervenir en el hecho del perista; también realiza objetivamente un auxilio al autor del delito anterior para que se aproveche de los efectos del mismo. Es preciso, por consiguiente, dar respuesta a la cuestión de si además del delito de receptación, del que responderá como autor o como partícipe según que se aproveche él mismo o ayude al perista a aprovecharse directamente de los efectos del delito, el intermediario realiza también un delito de encubrimiento. En la citada sentencia de 26 de mayo de 1983 (A. 2.784) se descarta la calificación de encubrimiento junto a la de cooperación necesaria de receptación en atención al criterio, anteriormente expuesto y rechazado, del ánimo preponderante.

Para dar respuesta a esta cuestión es preciso detenerse, aunque de forma breve, en la parte subjetiva del tipo de encubrimiento descrito en el artículo 17,1 en relación con el respectivo delito encubierto. La expresión: «para que se aprovechen de los efectos del delito o falta», que utiliza el citado artículo, puede ser interpretada, por lo menos, en dos sentidos distintos. En primer lugar, como expresión de una particular exigencia finalista, que restringiría el encubrimiento a las conductas de auxilio a los delincuentes con el fin de que se aprovechen de los efectos del delito. La relación entre el encubrimiento y la receptación podría describirse, por tanto, como dos círculos secantes. Al margen del encubrimiento, permanecerían aquellas conductas de aprovechamiento propio en las que no concurre la finalidad señalada, por más que objetivamente comporten en todo caso un auxilio a los autores del delito anterior que les permite obtener las ventajas del mismo. Estas conductas darían lugar a la figura de receptación si el aprovechamiento lo fuera de los efectos del delito. En la parte común a ambos círculos se situarían los comportamientos de aprovechamiento propio de los efectos del delito con la finalidad de que el autor del delito precedente obtenga las ventajas de su hecho antijurídico. En estos casos la solución dogmáticamente más correcta podría ser, en principio, el concurso de delitos (40).

---

(40) La aceptación de esta solución dependería, sin embargo, de cuál sea el bien jurídico que se considera lesionado a través del delito de encubrimiento del artículo 17,1. Pues, en opinión de algunos autores, el bien jurídico lesionado sería en estos casos la Administración de Justicia, en opinión de otro sector doctrinal, en cambio, el bien que se lesiona es el mismo que en el delito anterior (cfr. nota 8 de este texto).



Sin embargo, es preferible la interpretación de la doctrina española que no exige en el encubrimiento del artículo 17,1 ninguna finalidad específica. Con la expresión: «para que se aproveche», se quiere poner de relieve en qué debe consistir el auxilio al que se refiere el citado precepto. «La proposición “para”, está al servicio de la descripción de la conducta en su aspecto objetivo y no implica la presencia de un ánimo específico» (41). Por tanto, para la realización de esta modalidad de encubrimiento es suficiente que concurra el denominado por la jurisprudencia dolo genérico. La conducta de receptación comportará la de encubrimiento del artículo 17,1. Por ello, la relación entre ambas figuras es la de concurso de normas, siendo la receptación Ley especial frente al encubrimiento (42).

## VI

En relación con la sentencia comentada, cabe extraer, por consiguiente, las siguientes conclusiones:

1. El criterio jurisprudencial que acoge últimamente el Tribunal Supremo en relación con las conductas de intermediario, como la de Francisco S. V., que aquí se analiza y que atiende exclusivamente a la finalidad principal —ya sea ésta un «animus lucrandi» o bien un «animus adjuvandi»— con la que actúa el sujeto, no puede aceptarse. En primer lugar, porque no tiene en cuenta otros elementos diferenciales expresados legalmente; en segundo lugar, porque su aplicación práctica reviste grandes dificultades.

2. El elemento diferencial entre ambas figuras se encuentra, también en relación con las conductas de intermediario, en el hecho de que el aprovechamiento propio lo sea o no de los efectos directos del delito.

3. Aunque no se desprenda de la letra de la Ley, la receptación sustitutiva es impune, como puede extraerse del fundamento de la punición del delito de receptación.

4. La conducta de Francisco S. V. y normalmente las conductas de intermediario, pueden dar lugar a la comisión de dos o más delitos. En primer lugar, si el sujeto se aprovecha directamente de los efectos del delito precedente debe ser considerado autor de un delito de receptación. Las conductas de inducción a un delito de receptación o bien de cooperación necesaria o complicidad con el mismo, que también puede realizar quedarán subsumidas en la anterior califica-

---

En este último caso, la solución del concurso de delitos no sería aceptable, por atentar ambas figuras —el encubrimiento del artículo 17,1 y la receptación— al mismo bien jurídico.

(41) Cfr. CONDE-PUMPIDO: *ob. cit.*, p. 290. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, pp. 918 y ss.

(42) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 546.

ción. En el supuesto de que el intermediario no se aproveche directamente de los efectos del delito anterior, que es el caso de Francisco S. V., deberá estimarse sólo concurrente una conducta de participación en un delito de receptación. La calificación que me parece más adecuada para el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos es la de *inducción a un delito de receptación*, o en todo caso, por no constar en los hechos probados ninguna actividad de inducción, la de *cooperación necesaria*. Pero, por otra parte, el intermediario realiza también un delito de *encubrimiento del artículo 17,1*, pues auxilia, por lo menos con dolo directo de segundo grado, al autor para que se aproveche de los efectos del delito.

5. Al no exigir el delito de encubrimiento del artículo 17,1 ninguna finalidad específica para su realización, la relación existente entre las dos conductas señaladas será la de concurso de leyes, que deberá resolverse en base al principio de especialidad. La calificación que se estima más correcta para el supuesto de hecho estudiado es, por tanto, la de *cooperación necesaria en un delito de receptación*.