

de reservarse aquellos asuntos que por su trascendencia estimen oportuno sean asmidos por la propia Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia.

Tercero: Corresponde a las Fiscalías de las Audiencias Provinciales intervenir en todos aquellos asuntos de carácter civil, penal, contencioso-administrativo, social, de vigilancia penitenciaria, de menores y de cualquiera otros de que conozcan los órganos jurisdiccionales de la Provincia, así como en los que sean competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que extiendan su jurisdicción sólo a la provincia en que radique la Fiscalía, siempre que el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia haya hecho delegación en el de la Provincial de sus funciones ante tales órganos. En las Salas previstas en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2 de la Ley 381/88, de Demarcación y Planta Judicial, que extienden su jurisdicción a varias provincias, pero no al ámbito de todo el territorio del Tribunal Superior de Justicia, intervendrán en los asuntos de que conozcan las mismas, la Fiscalía en que radique su Sede, siempre que tenga la delegación para ello del Fiscal del Tribunal Superior de Justicia.

Cuarto: 1. Para mantener la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal y contribuir a la formación por parte del Fiscal General del Estado de criterios unitarios de actuación, que permitan abordar las peculiaridades de los problemas que se plantean en las Fiscalías, así como para hacer llegar al Gobierno, por intermedio de aquel, las observaciones que estimen oportuno hacer, los titulares de las Fiscalías de ámbito provincial y los de los Tribunales Superiores de Justicia, elevarán anualmente a la Fiscalía General del Estado, antes del 31 de marzo de cada año, una Memoria expresiva de los temas que se establezcan en el número siguiente. A tal efecto, interesarán los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia de los Fiscales de las Audiencias Provinciales de su territorio, que les remitan con la debida antelación la realizada por ellos, para elaborar la Memoria de la Comunidad Autónoma respectiva.

2. Las Memorias comprenderán una parte expositiva y otra estadística, cuyo contenido será fijado mediante Instrucción por el Fiscal General del Estado.

Sin embargo, y aparte de las ampliaciones que puedan establecerse en esas Instrucciones las Memorias tratarán, como contenido mínimo los siguientes capítulos:

a) La actividad del Ministerio Fiscal, con especial atención a los problemas que se hayan presentado y los asuntos graves y de menor complejidad de que se haya debido ocupar la Fiscalía.

b) En las Fiscalías de la Audiencia Nacional, Fiscalía para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, la evolución de la criminalidad en su ámbito territorial, así como las medidas adoptadas o que se estimen de conveniente adopción para la prevención de los delitos.

c) El funcionamiento de los Juzgados y Tribunales ante los que la Fiscalía actue, con análisis, en su caso, de los problemas organizativos que planteen.

d) Las reformas que se estimen más convenientes introducir en las leyes sustantivas, procesales y orgánicas para la mayor eficacia de la justicia.

Quinto: El recurso para la unificación de doctrina, previsto en la base trigésimoquinta, de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de abril de 1989, precisa de las siguientes consideraciones:

Este recurso de casación que sustituye al recurso en interés de Ley —con la singularidad de que ha de producir efectos sobre situaciones jurídicas creadas en virtud de la sentencia recurrida— se regulará en el Texto articulado de la futura Ley de Procedimiento Laboral, que habrá de aprobarse en el plazo de un año conforme dispone el artículo 1 de la Ley de Bases.

En tanto se publique ese Texto articulado, si ciertamente no parece oportuno —al desconocerse las formalidades que han de regir ese recurso— impartir instrucciones a las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia, si se estima procedente recordar algunas de las cuestiones relacionadas con el recurso de interés de Ley.

Medio tempore —hasta la vigencia de aquel— ha de entenderse que el recurso en interés de Ley, contemplado en los artículos 185 a 187 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, sigue subsistiendo, no obstante haber desaparecido el Tribunal Central con fecha 23 de mayo de 1989. Es cierto que el artículo 185 lo prevé sólo contra las sentencias dictadas por el Tribunal Central, pero no lo es menos que tales sentencias eran pronunciadas en el recurso de suplicación, del que hoy conocen ya las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, de ahí que el único sistema de control jurisprudencial, hasta que entre en vigor el recurso para la unificación de doctrina, lo constituye el recurso en interés de Ley, y es, si bien, transitoriamente, el medio hábil para enjuiciar si la doctrina que emane de las Salas de lo Social es dañina o errónea.

Respecto del recurso de interés de Ley, la Fiscalía General del Estado considera necesario cursar las siguientes instrucciones especialmente dirigidas a los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia y a los de las Audiencias Provinciales en cuya sede exista Sala de lo Social.

1. Deberán interesar que todas las sentencias dictadas en recursos de suplicación por las Salas de lo Social, se le notifiquen, debiendo quedar constancia en la copia de la sentencia de la fecha de notificación. No parece obstáculo el hecho de que el artículo 185 de la Ley de Procedimiento Laboral, establezca que la notificación se haya de efectuar a la Fiscalía del Tribunal Supremo, pues el precepto esta pensado en la previsión de que la sentencia recurrida se dictase por el Tribunal Central, hoy suprimido, y que al poseer competencia nacional, estaba en relación con la Fiscalía del Tribunal Supremo, como órgano natural e inmediato de comunión.

En la actualidad las Salas de lo Social encuentran en la correspondiente Fiscalía, la legal representación del Ministerio Fiscal.

2. Deberán analizar con detenimiento las sentencias dictadas en suplicación por dichas Salas, y si en su contenido apreciaren doctrina dañosa o errónea, a la luz de los criterios plasmados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, deberán remitirlas, bien directamente, o a través de las Fiscalías del Tribunal Superior de Justicia, acompañando escrito con los razonamientos pertinentes, a la Fiscalía General del Estado y ello en el más breve plazo posible, habida cuenta de que el límite para interponer el recurso es de tres meses desde la notificación de la sentencia por aplicación del artículo 186 de la Ley de Procedimiento Laboral.

3. El hecho de que con anterioridad a la sentencia de suplicación, cuya doctrina se entienda dañosa o errónea, se hayan dictado una o varias sentencias del Tribunal Supremo, proclamando la doctrina acertada, no constituye obstáculo

para interponer recurso de interés de Ley, pese a que durante algunos años la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estimase no ser necesario dicho recurso cuando ella ya se había pronunciado sobre el tema, sentado definitivo criterio.

4. Todas las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que se notifiquen a las Fiscalías, deberán ser archivadas en sus oficinas, para el supuesto de que parte interesada se dirigiese a la Fiscalía General del Estado en solicitud de interposición de recurso de interés de Ley, y con objeto de poder recabarlas a dichas Fiscalías para su estudio. Si la parte interesada presentase su solicitud directamente ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, el Fiscal deberá remitir el escrito y la copia de la sentencia impugnada con expresión de la fecha de notificación, a la Fiscalía General del Estado.

Si las sentencias que dicten las Salas de lo Social en los recursos de suplicación, no recogiesen la transcripción de los hechos probados de la sentencia de instancia, el Fiscal deberá interesar se le entreguen simultáneamente a la notificación de la sentencia dictada en suplicación, una certificación de la de instancia, para así obtener un completo conocimiento en orden a la valoración de la doctrina de la Sala.

Encarezco a V.E./V.I. el cumplimiento de la presente instrucción, de la que deberá acusar recibo, así como comunicarla a los señores Fiscales que de V.E./V.I. dependan.

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

ALGUNOS ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA INDUCCION (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos)

FRANCISCO BALDO LAVILLA
Becario de investigación. Universidad de Barcelona (1)

I

1. La procesada, Carmen, propietaria en Rota de un bar de alterne, rompió sus relaciones amorosas con José, taxista, persona con la que convivía maritalmente desde hacía cuatro años. Poco después, conoció José a una tal Amadora, yéndose a vivir con ella. Pasado cierto tiempo, la procesada intentó reanudar en reiteradas ocasiones sus relaciones con José, resultando sus empeños infructuosos. Ante la firme actitud de éste, y sintiendo celos de la mujer que había motivado la ruptura, le surgió la idea de «*darle algún escarmiento para que se marchara de dicha ciudad de Rota, y, de esta manera, juntarse nuevamente con el taxista*». Mas como la procesada no se atrevía a hacerlo personalmente, entró en contacto con Juan, al que conocía por convivir con una de las camareras del bar, pidiéndole que «*pegara a la tal Amadora para así asustarla y que se marchara de la localidad*». El procesado aceptó tal proposición, sin que conste que lo hi-

(1) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; ARSP: Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DRiZ: Deutsche Richterzeitung; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JA: Juristische Arbeitsblätter; JR: Juristische Rundschau; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; LK: Leipziger Kommentar; MDR: Monatsschrift für deutsches Recht; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; Sch/Sch: Schönke/Schröder; SK: Systematischer Kommentar; Riv. it. dir. proc. pen.: Rivista italiana di diritto e procedura penale; ZAKDR: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

ciera por móviles económicos. Y así, sobre las 0,15 horas, ocultó el rostro, penetró en la vivienda donde habitaban Amadora y José, cuando ésta se iba a acostar; encontrándola en el dormitorio, empezó a golpearla en la cara y en la cabeza, al tiempo que profería amenazas contra ella y le decía que se marchara de Rota, continuando después con golpes por el resto del cuerpo. Al finalizar tal actividad violenta, el procesado pensó en aprovechar la ocasión para *tener contacto carnal con la agredida*, por lo que la obligó a que se desnudara y echara en la cama, maniatándola, si bien, al manifestar Amadora que tenía la menstruación, la puso boca abajo y, contra su voluntad, le introdujo el pene por la cavidad anal. Finalmente, antes de abandonar la vivienda, *le arrojó a la cara de forma rápida y repentina un líquido de tipo ácido*, lo que le produjo graves heridas y quemaduras de las que curó a los 200 días, durante los cuales necesitó asistencia facultativa y estuvo impedida para sus ocupaciones habituales 90 días, quedándole como secuela un ectropión de párpado superior e inferior del ojo izquierdo, una pérdida de la agudeza visual de dicho ojo no inferior al 10 % y una cicatriz queloidea en hombro y pie derechos. No consta que el procesado, que había sido condenado con anterioridad por varios delitos contra la propiedad, se apoderada de dinero alguno.

2. La Audiencia de instancia condenó los hechos probados arriba transcritos como sigue. Al procesado Juan como autor de un delito de lesiones graves y de abusos deshonestos a las penas de 10 años y 1 día de prisión mayor por el primer delito y de 4 años, 2 meses y 1 día por el segundo delito, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. A la procesada Carmen como autora de un delito de lesiones graves a la pena de 2 años de prisión menor con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Y a ambos, a indemnizar civilmente a la perjudicada, de forma conjunta y solidaria (por mitades), en una suma de 1.500.000 ptas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por los procesados Carmen y Juan.

II

1. Con una profundidad que desde un principio debe ser aquí resaltada, la presente sentencia del Tribunal Supremo (2) aborda una de las cuestiones que, en referencia a la figura de la inducción, ha

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-87 (A. 4998, pp. 4788-4790), publicada también en: «La Ley» 14-6-87 y en «Jurisprudencia seleccionada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Año 1987, «Boletín de Información del CGPJ», 2 época, año VIII, núm. extraordinario, Madrid, 1988.

ocupado a los juristas desde antiguo (3): la del tratamiento jurídico-penal del «exceso» del inducido. Como es bien sabido, esta problemática se manifiesta en aquellos supuestos en los cuales se produce una «divergencia» entre el hecho al que se instigó y el efectivamente realizado por el autor principal. El presente comentario tiene por objeto el realizar, a propósito de esta sentencia del Tribunal Supremo, una serie de reflexiones sobre alguna de las constelaciones de casos que afectan a la mencionada cuestión. Mas, para ello, analizaremos con carácter *previo* el presupuesto conceptual básico de la inducción: la «provocación» de la «resolución». Así como de uno de sus problemas específicos: la cuestión de la «modificación», por influjo del inductor, de la resolución tomada originalmente por el autor. Puesto que ciertamente, sólo se puede atribuir al inductor *aquella* realización del autor que se «corresponde» tanto subjetiva como objetivamente con la resolución provocada (únicamente en este caso no existirá «exceso» en sentido amplio), constituye un paso previo *necesario* el determinar *este* «referente» con el cual se ha de corresponder la ejecución. Será entonces cuando podremos cuestionar si lo realizado por el autor se puede o no atribuir al inductor. Será entonces cuando podremos afirmar la «congruencia» o «divergencia» entre la representación del inductor y la ejecución del inducido.

2. Son éstos algunos de los puntos que se manifiestan problemáticos durante el «iter» de la figura de la inducción a delicto. En efecto, si analizamos *linealmente* todo el decurso de la inducción consumada, podemos observar que se pueden distinguir, fundamentalmente, dos fases. En la primera, el inductor «provoca» en el inducido por medios psíquicos la «resolución» de cometer un hecho concreto. Y, en la segunda, el autor principal ejecuta un hecho antijurídico en «correspondencia» con dicha resolución. Este doble presupuesto objetivo ha recibido el calificativo de «doble resultado» de la inducción (4),

(3) Ya la propia sentencia hace referencia a los mismos en su Fundamento de Derecho primero (A. 4998, p. 4788). Sobre los antecedentes en Derecho romano vid.: MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, pp. 98 ss.; WEIDENKOPF, *Anstiftung oder Urheberschaft? Eine Betrachtung de lege ferenda*, tesis, Freiburg, 1930, pp. 2-4; sobre los prácticos italianos vid.: WEIDENKOPF, pp. 4-8; ENGELMANN, *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italische Recht des Mittelalters*, en «Festschrift» (FS) für Binding, II, 1911, pp. 394 ss.; PUPPE, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA 1984, notas 49 y 57.

(4) En estos términos, ampliamente, LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, 1972, pp. 22-24, distingue entre el resultado intermedio de la inducción (resolución), el resultado de la inducción (tentativa o consumación del hecho principal) y resultado final (lesión del bien jurídico); asimismo, entre otros, de forma especialmente clara: FRANK, *Das Strafrecht für das deutsche Reich*, 18. ed. (1931), § 48, II (p. 119); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. ed. (1984), 10/117 (p. 313); ROXIN, en LK-StGB, 10. ed., § 26, ns. 2 y 8; en España: MIR PUIG, *Derecho penal*. Parte general, 2 ed., 1985, p. 343; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, Tomo I (1972), p. 847; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, tomo II, 1. ed. (1947), p. 50; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho penal*, 1982, p. 214;

debiéndose complementar necesariamente en el plano subjetivo por el llamado «doble dolo» (5). Veamos de forma esquemática estas dos fases.

En la primera, el inductor debe provocar en el inducido (6) la resolución de cometer un hecho antijurídico. Constituye un presupuesto conceptual básico de la inducción, el que el hecho principal provocado posea un grado mínimo de concreción que permita «individualizarlo». No es ciertamente necesario que el inductor defina el hecho completamente en todos sus *detalles*. El inductor, como sujeto que interviene en hecho *ajeno*, deja la caracterización concreta del mismo en manos del autor principal, único que tienen «dominio del hecho» (7). Así, en principio, la determinación de detalles concretos de la ejecución como el tiempo, lugar y modalidades de la ejecución, así como la víctima concreta, cuando no poseen relevancia, se dejan al inducido (8). Mas a pesar de que no es necesario que el hecho llegue hasta un tal máximo de concreción, sí, en cambio, existe unanimidad en que debe alcanzar un mínimo exigible. Ni basta con que se instigue a la realización de comportamientos punibles indeterminados (no se puede inducir a infringir «en blanco» el CP), ni incluso a la realización de comportamientos únicamente concretizados por su caracterización legal (p. ej., a cometer, en general, hurtos sin más) (9). En estos casos, no se puede afirmar la relación concreta necesaria entre la conducta del inductor y el hecho principal que permite considerar al inductor como equiparable punitivamente al autor (10). El grado de concreción exigible, se encuentra más bien entre ambos extremos. Así, se puede afirmar que existirá responsabilidad por induc-

GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, DP, PG, reimpresión 1. ed. (1987), pp. 519 y ss.; en Italia: SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, Riv. it. dir. proc. pen. 1983 (nuova serie, anno XXVI), p. 1127.

(5) Como es sabido, éste posee dos objetos de referencia: tanto la propia conducta de inducción causante de la resolución como el hecho principal en sus componentes objetivos y subjetivos: vid., por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 346; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 14.

(6) El destinatario debe ser un sujeto «concreto»: por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 345 o un círculo de destinatarios individualizable: por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 853, y SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/112 (p. 311).

(7) De no ser así, podría entrar en juego la autoría «mediata» o la coautoría con dominio «funcional», dejando de ser un supuesto de participación en hecho «ajeno» para considerarse de realización de hecho «propio».

(8) Vid., FRANK (nota 4), p. 123; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de Rodríguez Muñoz), 1 ed. (1935), p. 330; BAUMANN WEBER, *Strafrecht* (StR), Allgemeiner Teil (AT), p. 563; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, StR, AT 1, 6 ed. (1984), p. 304; ROXIN, en LK-StGB, § 26, ns. 3 y 22; JESCHECK, *Lehrbuch (Lb) des Strafrechts*, AT, 4 ed. (1988), p. 623; MONTENBRUCK, *Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat*, ZStW 84 (1972), p. 323; MIR PUIG (nota 4), p. 344.

(9) Vid., por todos, ROXIN, *Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters* (nota a BGHSt 34, 63), JZ 1976, pp. 908-909.

(10) JAKOBS, StR, AT, 1 ed. (1983), p. 554, en estos supuestos de insuficiente determinación del hecho sostiene, en Alemania, la aplicabilidad del § 111. Quizá cabría hacer lo propio en España, a través de nuestro artículo 4,3.

ción sólo cuando se provoque la resolución de cometer un hecho «concreto-individualizable», cuando se fijen los *rasgos esenciales* que «configuran» el injusto del hecho (11). Esta mínima configuración *debe* permitir reconocer posteriormente la ejecución del autor *como* la realización de la resolución provocada por el inductor. Por supuesto, serán elementos esenciales en esta configuración fáctica aquéllos que desde un punto de vista normativo hacen específicas unas figuras delictivas de otras. No importando, en cambio, que se designe o no *jurídicamente* de forma correcta el hecho provocado (12).

Así, existe unanimidad en que de conseguir el inductor provocar una total resolución en el destinatario, se perfeccionará la primera fase de la inducción. De lo contrario, no —estructuralmente, constituirá *tentativa fracasada* (13) de inducción (el autor es un «non facturus») (14)—. Igualmente, existe unanimidad en que si no se provoca la resolución, pero se «refuerza» la originalmente tomada por el autor, concurrirá *complicidad psíquica*. Ahora bien, ¿qué criterios nos pueden ofrecer la *medida* de la resolución? ¿Cuándo podremos afirmar que el destinatario ya estaba previamente resuelto a cometer

(11) En un sentido análogo, cfr.: STRATENWERTH, *StrR*, AT I, 3 ed. (1981), n. 886-888 (p. 247); JAKOBS (nota 10), pp. 553-554; WESSELS, *StrR.*, AT, 16 ed (1986), p. 156; SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 7; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301; en cambio, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 9 y § 30, n. 24, y el mismo, *Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung* (§ 30 StGB), JA 1979, pp. 169-172, sostiene un criterio más «abstracto», afirmando que es suficiente con que además del tipo de referencia se fije la «dimensión esencial del injusto», la cual debe constatarse por una interpretación de la conducta del inductor en el contexto de la situación. Posteriormente, este autor ha señalado que esta dimensión se determina tanto por la medida del daño como por la forma de comisión: el mismo (nota 9), pp. 908-909. Ello conduce a que se incluyan bajo el concepto de inducción supuestos como los siguientes. Por ejemplo, el animar a un tercero a que se «costee su sustento por medio de hurtos», siempre que conste la dimensión del montante: el mismo, en LK-StGB, § 26, n. 9; o por ejemplo, que se le proponga a un tercero que si necesita dinero debería «“hacerse” un banco o una gasolinera», siempre que conste que el instigador tenía intención de que esto sucediera (dolo de inducción): el mismo (nota 9), pp. 908-909 (sobre esta concepción, vid., en contra, HERZBERG, *Anstiftung zur unbestimmten Haupttat*, BGHS 34, 63, JuS 1987, p. 617 y pp. 617-622). Nuestra jurisprudencia (STS 22-12-1934) exige una representación de los «elementos esenciales del delito», citada según RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 853; el mismo (nota 4), p. 857, exige que estén determinadas las características esenciales; igualmente, RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 220.

(12) Vid., MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301.

(13) Sobre el concepto de «inducción fracasada», vid., MIR PUIG (nota 4), p. 346, inclinandose por su sanción como «proposición». En cambio, otro sector doctrinal defiende la sanción como «provocación», vid., por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, Tomo I, 1958, p. 394. Y otro sector doctrinal defiende la impunidad: COBO-VIVES, *Derecho Penal*, Parte general, 2, ed. (1987), pp. 499-524. Por otra parte, la opinión predominante exige en estos casos que la intervención haya alcanzado al menos un estadio en el que pudiera ser conocida por el autor; otros, en cambio, exigen que haya sido efectivamente conocida. Cfr. sobre ello D. MEYER, *Nochmals: Der mißverständliche Bestechungsversuch*, JuS 1970, p. 530.

(14) Cfr. HALL, *Über die Teilnahme an Mord und Totschlag. Eine hypothetische Untersuchung*, Festschrift (FS) für Eb. Schmidt, p. 360.

ese mismo hecho? ¿Qué tratamiento jurídico merecen los supuestos en los que el inducido es un «omnimodo vel simul aequo factururus»? (15) (p. ej., un miembro de una banda de malhechores resuelve acabar con la vida de uno de sus enemigos, encargándole el asunto a uno de sus compañeros, sin saber, que éste, ya estaba decidido a liquidar al enemigo común). ¿Y si, pese a que el destinatario estaba resuelto a cometer un hecho determinado, la intervención del instigador de dirige precisamente a la «modificación» de la resolución original? (p. ej., a un sujeto se le propone que colabore en el apoderamiento y con fuerza en las cosas de unos objetos de valor; a pesar de declinar éste la oferta aconseja él a su vez a su proponente que ejecute el hecho violentamente). Como podemos observar, la cuestión de la delimitación conceptual de la figura no está exenta en su primer estadio de complicaciones. Ello no obstante, señalemos ya que éstas se mueven en un espacio común, cual es, como se verá, el del *grado de definición que cabe exigir a la «identidad» de la resolución*.

En una segunda fase, se requiere que el autor principal ejecute un hecho antijurídico en «correspondencia» con dicha resolución. Ciertamente, puesto que la mera producción de una tal resolución no es suficiente para que se dé una inducción «completa» («principio de accesoriadad»), o bien deberá haber producido el inductor la lesión del bien jurídico mediatamente a través del autor —inducción a delito consumado (el autor es un «aeque factururus et aequo faciens») (16)— o bien, por lo menos, deberá haberse dado inicio a la realización de actos ejecutivos —inducción a tentativa de delito (el autor es un «aeque factururus sed minus faciens») (17)—. Ahora bien, ¿qué tratamiento jurídico debe darse a aquellos casos en los que el autor ejecuta un hecho que «cuantitativa» o «cualitativamente» diverge del hecho al que fue inducido? (18) (p. ej., un sujeto instiga a un tercero a que retenga durante un corto lapso de tiempo a uno de sus enemigos; sin embargo, el inducido aumenta considerablemente la privación de libertad de la víctima). Como podemos observar, tampoco este segundo estadio, está exento de complicaciones. Y, no obstante, también aquí podemos encontrar un espacio común en el que se mueve esta problemática, cual es el de *grado de «correspondencia» que tanto «objetiva» como «subjetivamente» debe existir entre la representación del inductor y el hecho ejecutado por el autor*.

Constatados pues los dos puntos centrales de la cuestión, a saber: identidad de la resolución y congruencia de la misma con la ejecución, analicemos tanto uno como otro.

(15) HALL (nota 14), p. 359.

(16) HALL (nota 14), p. 358.

(17) HALL (nota 14), p. 359.

(18) En especial, los de exceso del inducido, los de participación en un delito cualificado por el resultado y los de aberratio ictus y error in objecto del inducido.

III-1

1. Como ya se ha indicado en la «provocación» de la «resolución» de cometer un hecho antijurídico encuentra distinción de la *inducción* de la *complicidad psíquica*, en la cual la influencia psíquica (elemento común) se limita a reforzar la resolución del autor, sin que, sin embargo, la «provoque» (elemento distintivo). No obstante, partiendo de esta simple nota, en muchos casos, la constatación de este punto diferenciador no es ni mucho menos obvia (19). Por ello se ha hecho necesario el desarrollar con mayor profundidad los criterios de delimitación entre ambas figuras.

2. Así, considerando que ambas parten de un elemento común —influencia psíquica— y teniendo en cuenta la *equiparación punitiva* de la inducción a la autoría ontológica (20), la doctrina ha buscado una primera distinción en la *restricción* cualitativa de los *medios* a través de los cuales la conducta (21) del inductor influye en el inducido. La mayor o menor entidad de la misma conducirá, obviamente, a una comprensión más o menos estricta de la figura. Las opiniones van, *desde* la aceptación de cualquier medio de influencia «intelectual» que pueda activar una resolución (22), *pasando* por variantes más exigentes que presuponen por lo menos la existencia de un «contacto espiritual» (23) a través del que se pretende excluir la adecuación de la mera creación de una mera situación provocadora (24),

(19) Y no sólo en estos casos. Como señala HRUSCHKA, *Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe*, JR 1983, p. 178, en ocasiones, el que alguien sea juzgado como coautor, autor mediato, inductor o cómplice psíquico puede ser simplemente una cuestión de azar.

(20) Tanto en España, como en Alemania y en Italia.

(21) En caso de que el medio de inducción utilizado constituya un delito autónomo entrará éste en *concurso ideal*, como acertadamente señala BAUMANN, *Täterschaft und Teilnahme*, JZ 1963, p. 125.

(22) Así, DREHER-TRÖNDLE, StGB, 44 ed. (1988), § 26, n. 3 (p. 168); WIDMAIER, *Der mißverständliche Bestechungsversuch*, JuS 1970, pp. 241-2; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 53; SAMSON, en SK-StGB AT, 4 ed. (1986), § 26, n. 5; LACKNER, StGB, 17, ed. (1987), § 26, n. 2 (p. 169); BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 329.

(23) Exigen influencia «psíquica»: SCH/SCH-CRAMER, 23 ed. (1988), § 26, n. 7 (p. 391); STRATENWERTH (nota 11), n. 881 (p. 246); igualmente, la doctrina dominante española: cfr., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 846 y 849 ss.; a ello añade MIR PUIG (nota 4), p. 344, en un plano normativo, que el influjo debe poseer una intensidad «adecuada» para fundar la «imputación objetiva»; exigen influencia «espiritual»: WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed. (1969), p. 116; JESCHECK (nota 8), p. 622; ROXIN en LK-StGB, § 26, n. 12; JAKOBS (nota 10), pp. 551-552; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301; RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 217; exige una «proposición de comportamiento»: SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/110-111 y 10/113 (pp. 310-311); en la línea de estas corrientes restrictivas: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG (1988), p. 810.

(24) En efecto, se discute intensamente si estas situaciones deben ser abarcadas por el concepto de inducción (p. ej.: incitar a que el marido celoso vuelva a casa antes de lo previsto donde encontrará a su mujer con el amante...). Están en contra de afirmar la responsabilidad por inducción en estos casos basándose en una interpreta-

hasta las que a ello añaden, el que este contacto espiritual permita comprender al destinatario que conduce finalmente al hecho (25).

Lo cierto es que debe partirse de una comprensión del concepto de inducción que respete tanto las realidades «psíquico-comunicativas» como «normativas» de la figura (26). Las *normativas* obligan a sostener un concepto de inducción que cumpla, por un lado, con que desde un punto de vista «valorativo-punitivo» la inducción se equipara a la autoría, sin que sea, en sus características, reconducible a la misma. Ello implica que deberá quedar excluida cualquier concepción de la inducción que se interfiera con ella, debiéndose delimitar claramente sobre todo de la autoría mediata (27) y de la coautoría (28). Y obliga, por otro lado, a que la inducción «deje» espacio a la complejidad psíquica. Las *psíquico-comunicativas* exigen que se adopte un modelo que respete las realidades de la comunicación cotidiana. En ella, el influjo motivador se incorpora en un mensaje comunicativo apto para ocasionar psíquicamente la prevalencia de la voluntad del sujeto en favor del delito (formación de la voluntad). Ello necesariamente debe tener lugar en un contexto comunicativo. Respetando el «medio» a través del cual debe transmitirse la inducción y, sobre todo, valorando la equiparación punitiva de la inducción con la autoría, debe adoptarse un modelo en la línea de las corrientes restrictivas. Así, este «influjo psíquico» que provoca la resolución, debe entenderse como un influjo «comunicativo» «configurador» de una resolución ajena (29).

ción restrictiva de los medios de influencia psíquicos: CRAMER, ROXIN, MAURACH-GÖSEL-ZIPF, JESCHECK, SCHMIDHÄUSER, STRATENWERTH (todos, nota 23), ROGALL, *Die verschiedenen Formen des veranlassens fremder Straftaten*, GA 1979, p. 12; OTTO, *Anstiftung und Beihilfe*, JuS 1982, p. 560; igual en los resultados, PUPPE (nota 3), p. 114, pues si bien niega que la vía de la restricción de los medios sea adecuada, desde su modelo particular tampoco acepta el que exista inducción al exigir un «pacto de injusto»; D. MEYER (nota 13), p. 530, excluye el que baste la mera creación de situaciones provocantes, pues para él la inducción exige una cooperación colusiva entre los comunicantes (acepta también los actos concluyentes). Para él, el argumento de la postura contraria consistente en afirmar que de esta forma escaparía al Derecho penal las formas más refinadas de inducción (vid. los autores citados *in fine*) no es fundamentado, puesto que el StGB no conoce un instituto penal de incitación de hechos punibles (p. 530-531). En contra de las restricciones: SAMSON, SK-StGB AT, § 27, n. 5, entiende que las vías restrictivas no tienen razón de ser, afirmando que la particularidad de estos casos radica en que son supuestos de «riesgo permitido»; DREHER-TRÖNDLE, LACKNER, HERZBERG, WIDMAIER (todos, nota 22).

(25) Cfr. D. MEYER (nota 13), p. 529; OTTO (nota 24), p. 560, mostrándose partidario de las posturas restrictivas, exige un comportamiento que incida influyendo «directamente» en la voluntad del inducido.

(26) Así lo ha puesto de manifiesto ROXIN, *Über der Tatentschluß*, en «*Gedächtnisschrift für Horst Schröder*», 1978, pp. 154, 159 y 163.

(27) Indican, entre otros, acertadamente estos límites: ESER, *Juristischer Studienbuch*, Strafrecht, II, 3 ed (1980), p. 186; JAKOBS (nota 10), p. 552.

(28) Así, JESCHECK (nota 8), pp. 621-622.

(29) Ello se corresponde con el artículo 14.2 del Código penal que habla de «inducir (configurar una resolución ajena) directamente».

3. La cuestión de la clase de *relación* entre conducta instigadora y resolución que presupone la mencionada «provocación» (30) (¿Una relación causal según las leyes físicas, psíquicas, de incremento del riesgo?), es contestada, generalmente, afirmando que entre el influjo psíquico del inductor y la resolución delictiva tomada por el autor del hecho principal debe existir una necesaria relación de «causalidad», añadiendo algunos que es suficiente la «co-causalidad» (31) (32), u otros que, como es norma general en los delitos de resultado, ello debe complementarse con la relación de «imputación objetiva» (33). Quizá porque la cuestión es extremadamente complicada (34), la doctrina pasa por encima de ella como sobre ascuas, como ha puesto

(30) Al contrario que en la participación con contribución *fáctica*, son muy pocos los que se ocupan *ampliamente* de este problema en la inducción o en la complicidad psíquica.

(31) Habitualmente se exige que la intervención del inductor haya sido causal, basando asimismo la co-causalidad; cfr., sobre ello DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR, 1970, p. 730; SCHULZ, *Anstiftung oder Beihilfe*, JZ 1986, p. 933; JAKOBS (nota 10), p. 552; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2; LETZGUS (nota 4), p. 32, habla de relación de causalidad sin hacer mención a qué naturaleza tiene ésta; SCH/SCH-CRAMER, § 26, n. 4, de que el influjo del inductor no tiene necesariamente que haber sido la única causa; STRATENWERTH (nota 11), n. 882 (p. 246), indica que el influjo del inductor debe haber sido una condición necesaria de la resolución, aunque no siempre la única; MIR PUIG (nota 4), p. 343, exige que la actuación del inductor sea «condicio sine qua non» de la resolución; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), señala que el TS (STS 4-10-68) no exige que la conducta del instigador sea la determinante «exclusiva» de la resolución; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 810, indica que la relación es de motivación y no una genuina relación de causalidad; la sentencia del Tribunal Supremo 30-12-1980, A. 5073, p. 4095 (caso Atocha), exige un «casualidad psíquicamente adecuada».

(32) En relación con la complicidad psíquica, especialmente, vid.: SAMSON, en SK-StGB AT, § 27, ns. 5-7; el mismo, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, 1972, pp. 189 ss.; STRATENWERTH (nota 11), n. 899 (p. 249-250); ROXIN, en LK-StGB, § 27, ns. 10-13; señala que debe concurrir una relación de causalidad entre el influjo psíquico y el resultado (n. 10). Esta, afirma, se da sin demasiados problemas en los llamados «consejos técnicos» que se traducen en una modificación de la ejecución (n. 11). Sin embargo, plantea más dificultades cuando sólo consiste en un «reforzamiento» de la resolución. En la medida de que ese reforzamiento conduce a una «intensificación» de la acción típica es ciertamente también aquí la causalidad inequívoca. Por ejemplo, cuando durante una agresión los gritos alentadores de los circundantes traen como consecuencia que el autor se emplee con más ímpetu o duración sobre la víctima, concurre un caso claro de complicidad psíquica. No se deberá exigir siempre, sin embargo, una modificación de la «imagen del hecho externo», sino que se podrá afirmar también la causalidad allí donde el influjo psíquico únicamente «estabilice» la resolución de forma probable, a través de apartar reparos o suministrar nuevos motivos. Puesto que en estos casos la resolución ha sido conformada en su realidad psíquica concreta y potencia en forma de riesgo incrementado. La cooperación es *mediatamente* para el resultado causal en tanto (co-)causa la resolución: *causa causae est causa causati* (n. 13).

(33) Expresamente, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 300; MIR PUIG (nota 4), p. 344.

(34) PUPPE (nota 34), pp. 103 y ss., hace referencias a la doctrina de la interrupción del nexo causal. Esta doctrina, representada sobre todo por los hegelianos, discutía la posibilidad de una causación de la resolución apelando a la libertad de voluntad del decidente. Vid., igualmente, p. ej., las referencias al problema en MEZGER (nota 8), p. 326, nota 12 (negando la teoría de la ruptura del nexo de causalidad, con ulterior-

de manifiesto recientemente *Puppe* (35). Esta autora se opone a la línea clásica (36), objetando que las restricciones de la figura basadas en una limitación cualitativa de los medios son inadecuadas. Y ante todo, afirmando que la relación entre conducta de inducción y dolo del autor, en la cual se basa la imputación, no puede ser: ni la causalidad, ni el incremento del riesgo (37), sino que más bien se sitúa en el ámbito de la causalidad «psíquica» (38). Sostiene que la influencia psíquica de un tercero es experimentada por el inducido como el «despertar» un motivo de actuar que aceptamos como razón de nuestra resolución, no como una ley causal que nos constriñe a actuar, sino como una especie de causa «eficaz» (39). Puesto que esta relación, afirma la autora, es incluso más débil que la de la complicidad con el resultado, requiere la equiparación punitiva del inductor al autor el agregar elementos adicionales a la figura de la inducción análogos a los que se han desarrollado para equiparar la coautoría a la autoría. Esta exigencia reside en un plan global del hecho (una comunidad del plan global entre autor e inductor), a cuya ejecución se compromete el autor frente al inductor. El inductor no sólo debe

res referencias bibliográficas) y LETZGUS (nota 4), p. 34 en nota 64 [señalando que antiguamente se negó esta relación de causalidad por la exaltación de la libertad de voluntad del destinatario (citando a BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 391, nota 2)].

(35) PUPPE (nota 3), indica que normalmente en este ámbito la dirección clásica utiliza la expresión «provocación» de la resolución («Hervorrufen des Tatenschluß») sin aclarar si con ello se alude a una relación de causalidad, a una relación de causalidad presupuesta de la imputación objetiva o a otro tipo de relación. Para ella, sólo los defensores de la no limitación de los medios hablan expresamente de causación de la resolución. Ciertamente, es correcta la primera apreciación, sobre todo en su espíritu, sin embargo, en cuanto a la segunda; cfr., *supra* notas 29-32.

(36) Entiéndase por ella, aquella que sostiene que la «inducción» presupone conceptualmente en su primera fase el provocar una resolución ajena.

(37) Esta teoría presenta, según PUPPE (nota 3), p. 106, la ventaja de que no excluye la libertad de resolución del autor principal, pero presenta dificultades en gran medida puesto que los pronósticos de probabilidad de producción de un resultado sólo poseen una cierta objetividad cuando son incluidos todos los factores relevantes [PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, ZStW95 (1983), pp. 286-7], de lo contrario, se puede llegar a pronósticos contradictorios. En estos casos, están tan unidos al factor «personal» del sujeto que son irreproducibles, lo cual produce dificultades para formular reglas de experiencia sobre la probabilidad del comportamiento futuro; en definitiva, que éste es incalculable.

(38) PUPPE (nota 3), p. 108. Para la autora no sólo es honrado y sincero, sino también fructífero el renunciar al modelo de la causalidad en la inducción e intentar desarrollar una específica relación de provocación psíquica de la mano de la experiencia directa. La legitimación de este método resulta de la propia Ley (parágrafo 26 del StGB) que no habla de «causación» de la resolución, sino de «determinación» al hecho. Además señala que la argumentación de BERNSMANN (cfr. BERNSMANN, *Zum Verhältnis von wissenschaftstheorie und Recht. Überlegungen zur sog. «psychischen kausalität» im Strafrecht*, ARSP 68 (1982), pp. 536-555), que propone una descripción de la causación psíquica que se puede reconducir a un silogismo aristotélico, es por lo menos una argumentación circular (PUPPE [nota 3], nota 34).

(39) PUPPE (nota 3), p. 122.

procurar alguna motización al autor, sino el motivo de cumplir el «pacto de injusto» acordado con él mismo (40).

Desde luego, las indicaciones de *Puppe*, en materia de causalidad «psíquica» merecen consideración. Ahora bien, el que *deban* ser salvadas con su modelo del «pacto de injusto» (41) parece como mínimo discutible. Este modelo, posee fuerza de convicción en cuanto «imagen», sobre todo si pensamos en el supuesto prototípico de inducción (asesino a sueldo) —que no es sin embargo el único—, más no en su *fundamento* ni en sus *consecuencias*. Ciertamente, en la línea clásica, es problemática la constatación de la causalidad psíquica entre conducta de inducción-resolución-ejecución (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico). Ahora bien, el complementarla basándonos en un tal pacto no representa ventaja alguna. En efecto, *o bien*, soslayando los problemas de causalidad, afirmamos que un tal pacto fundamenta la responsabilidad del inductor con independencia de cualquier otro factor —ello conduce a una infracción del fundamento objetivo del injusto de la inducción (sería un concepto formal), lo cual no parece que se corresponda con tal concepción—, *o bien*, surgiendo de nuevo también en este sistema los problemas. En efecto, supongamos que se llega a un tal pacto con un «omnimodo facturatus». Según su teoría, existirá aquí responsabilidad por inducción, con independencia de si el sujeto estaba o no resuelto con anterioridad, siempre que se llegue a un pacto que durante la ejecución *motive o co-motive* en virtud del compromiso asumido. Lo cual nos conducirá *de nuevo* a tener que constatar la tan problemática causalidad psíquica, no como antes entre influencia psíquica-resolución-ejecución, sino ahora entre pacto-motivo-ejecución (42). Pero es que además es-

(40) PUPPE (nota 3), *passim*.

(41) Este modelo del «pacto de injusto» («Unrechtspakt»), al que la autora encuentra antecedentes en los prácticos italianos, parece la conjunción de una de las derivaciones de D. MEYER (vid., *infra in fine*) más el principio de «imputación recíproca» (ya D. MEYER, *Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung*, tesis, Hamburgo, 1973, pp. 98-99, exigía para la inducción una cooperación en perjuicio de tercero que *podía* presentar una especie de «contacto de injusto» («Unrechtsvertrag»).

(42) Veámoslo con un ejemplo. «A» hace saber a su novio que como consecuencia de sus relaciones ha quedado embarazada y que está firmemente decidida a abortar, mostrando éste su conformidad y acordando y planificando ambos el hecho. Según la doctrina absolutamente dominante, en este caso existiría complicidad psíquica en tanto la realización material del hecho por la mujer de común acuerdo con el novio hubiera «reforzado» la resolución de la novia. En cambio según su teoría existe inducción, pues no importa la existencia previa de una resolución sino la existencia de un pacto que motive o con motive durante la ejecución (!!) ¿Dónde está el carácter restringido de este modelo que acerca la inducción a la coautoría? ¿En hacer responder en casos de complicidad psíquica por inducción? Como no se desprende del texto la entidad de tal motivación, podría oponer la autora que no basta con que la existencia del acuerdo refuerce la resolución durante la ejecución, sino que es necesario que el cumplimiento del pacto sea el único motivo de actuar, sea «el» motivo. Ello implica demostrar que la existencia del pacto con independencia de la anterior resolución es «la» *causa psíquica* de la ejecución (ella evita estos términos utilizando siempre la palabra «motivar»). De nuevo aparecen pues los problemas de causalidad.

ta exigencia de «motivación» durante la ejecución no es demasiado expresiva del necesario fundamento objetivo de la punición de la inducción. No se basa ésta en que se proporcionen motivos de ejecución, sino en que a través de ello se incrementa «mediatamente» el peligro objetivo para un bien jurídico. Esto no se respeta por la concepción de *Puppe*, pues trata igual al que influye psíquicamente en un sujeto resuelto (objeto inidóneo) que al que consigue originar una resolución criminal en un tercero. A todo ello hay que añadir, asimismo, que este modelo presentaría dificultades en nuestro *Derecho vigente* (43) y que genera *consecuencias intrasistemáticas* en materia de desviaciones (44) poco aceptables, pues amplía en demasía, en la forma en que es entendido por su creadora, el ámbito de lo atribuible al inductor. Así pues, como plantea más problemas de los que soluciona, el modelo del pacto de injusto debe ser aquí rechazado, sin que ello signifique negar que en algunos supuestos de inducción pueda darse una cierta «coordinación» entre inductor e inducido.

Desde luego, esta relación es mucho más *problemática* (45) que la relación de causalidad regida por leyes físicas pues aquí no se da una intervención en el mundo exterior «sujeto-objeto», sino «sujeto-sujeto». Sin embargo, de momento, no queda otro camino que seguir soportando el peso de esta dudosa y poco constable causalidad «psíquica» (46). Algo completamente distinto es el que en la valorización por el Derecho de estas relaciones, no deba éste buscar, en lo posible, criterios de objetivización. Algunos serán «extrajurídicos», aunque ciertamente puedan afectar a la imputación. Ello derivará de que necesariamente cualquier forma de influencia psíquica «intersubjetiva» estará naturalmente mediatizada por el uso de medios comunicativos, lo cual impondrá ciertos límites «normativo-lingüísticos» (47). Y, otros, esencialmente *jurídicos*. Así, deberá complementarse esta problemática relación con la exigencia normativa de que la conducta del inductor cree un «riesgo» típico «mediato» de lesión de un bien jurídico-

(43) En efecto, en nuestro Derecho conduciría a sancionar todos los casos de conspiración en los cuales uno de los conspirantes ejecutase posteriormente el hecho como supuestos de *inducción*.

(44) Así, en materia de exceso, participación en delitos cualificados por el resultado, error in objeto y *aberratio ictus*... Si a este modelo que exige objetivamente un «pacto de injusto» le sumamos el que la autora defiende la solución del *dolo genérico* (en materia de desviaciones), resulta que se ve ampliada en demasía la responsabilidad (cfr. sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aberratio ictus e imputacion objetiva*, ADPCP 1984, pp. 352 y ss.).

(45) Sin embargo, el Derecho no puede soslayar el tener que habérselas con relaciones de este tipo (otra cosa es que no sea necesario el delimitarlas normativamente), como ocurre por ejemplo en el delito de estafa: «cometen estafa los que... utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición...», o, por ejemplo, en el delito de amenazas, la autoría mediata...

(46) En este punto serán de utilidad las *reglas y leyes psíquicas* conocidas por la experiencia cotidiana y por la Ciencia.

(47) Vid., también *infra*. IV, 6.

penal, que se haga «virtual» por la asunción y ejecución «congruente» de la resolución por el destinatario (inducción completa) (48). Todo ello, además de proporcionar un marco objetivo con el cual se deberá «corresponder» la conducta posterior del autor (49), es, asimismo, consecuencia necesaria del fundamento de la punibilidad de la participación. No se nos escapa lo problemático que resultará el hacer «calculables» y «objetivizables» los *pronósticos de probabilidad*, al estar, en esta materia, mediatizados por el «factor humano», pero le será más útil al Derecho una cierta calculabilidad que el vacío. Así pues, aun reconociendo que esta relación es problemática, la cuestión seguirá siendo, ¿ha provocado el inductor la resolución del inducido?

4. Veamos, pues, *cuándo* podremos afirmar que un sujeto se ha formado la «resolución» de cometer un hecho. También aquí se evitan habitualmente planteamientos generales. Lo normal es que en este punto los autores se limiten a dar algunas reglas prácticas o máximas formales de resolución de ciertos «topoi», que aunque bien puedan ser ciertas no son de forma general suficientemente justificadas. Así, se afirma, por un lado, que no puede inducir (producir la resolución delictiva) al «*omnimodo facturus*», puesto que como éste, por definición, ya está previa y definitivamente resuelto a la comisión del hecho, constituye un objeto idóneo (50). Y, que por el contrario, son objetos idóneos, que cabe la responsabilidad por inducción, en los supuestos siguientes: A) En aquellos en los que el sujeto manifiesta una *predisposición* o propensión a cometer delitos de cierta clase o una *tendencia* o inclinación a la realización de hechos determinados (51), siempre, para algunos, que se le induzca a un hecho «concreto» (52) o, para otros, que se cause en el no resuelto a un hecho concreto una resolución «firme» (53) o «definitiva» (54) o, para otros,

(48) Que el riesgo objetivo para el bien jurídico sólo sea virtual con su asunción por el destinatario es la razón de que sólo se castigue la inducción completa.

(49) Vid., *infra* IV.

(50) Vid., p. ej., MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302; MIR PUIG (nota 4), p. 343; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (nota 13), p. 524; RUIZ ANTÓN (nota 4), pp. 214-215; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 848; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 811; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 522; SEMINARA (nota 4), p. 1128 y nota 19. En estos casos concurrirá o tentativa de inducción o complicidad psíquica en caso de que se refuerce la resolución; así, ESER (nota 27), p. 187; STRATENWERTH (nota 11), p. 246; JESCHECK (nota 8), pp. 623-624; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2; WELZEL (nota 23), p. 116; JAKOBS (nota 10), p. 552; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302-303; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 559; FRANK (nota 4), p. 119; WESSELS (nota 11), p. 159 y pp. 161-162; CRAMER, en Sch/Sch, § 26, n. 5 (p. 390); LETZGUS (nota 4), p. 32.

(51) RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 848, indica que la STS 4-10-34 considera irrelevante que «el ánimo del ejecutor del delito se halle predispuesto a lo que se conierta o sea en absoluto ajeno a ello».

(52) En este sentido, p. ej., SAMSON, en SK-StGB AT, § 26 n. 3.

(53) Así, ROXIN en LK-StGB, § 26, n. 2; mucho más ampliamente sobre esta problemática en (nota 26), pp. 145-166.

(54) En este sentido, DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR 1972, p. 569.

que «se deba» al influjo de la resolución tomada (55), puesto que la influencia del inductor debe haber sido necesaria, mas no siempre la única condición de la resolución (56). B) En aquéllos en los que el sujeto se encuentra en una situación de *vacilación* o titubeo, siempre que se le dé el «último impulso» (57) a la resolución, o que se le produzca una resolución «firme» (58). C) en aquéllos en los que el inducido hace depender la realización del hecho de una *satisfacción* económica, incluso en el caso de que sea él mismo el que se ofrezca, siempre que ésta se produzca (59).

Roxin ha intentado últimamente dar un *criterio general* que sirva para resolver todos los casos en los que es dudosa la existencia o no de una resolución, y que a la vez sirva para delimitar la complicidad psíquica de la inducción. Así, entiende, que existe una resolución allí donde los motivos que empujan al delito son preponderantes a las representaciones inhibitorias, allí donde la voluntad de realización ha conseguido la *preponderancia* (60). Esta comprensión del concepto de resolución es para su creador, no sólo exigida desde un punto de vista normativo, sino también la más sustentable en la aplicación práctica porque se corresponde con las realidades psíquicas y con el contexto general del lenguaje. Sin embargo, también frente a ello, y frente a la línea clásica, formula Puppe diversas objeciones. Estas se centran básicamente en señalar que además de ser dudoso y difícilmente perceptible el qué deba entenderse por una tal resolución, ésta no tendría validez alguna hasta el inicio de la ejecución, instante en el cual encontraría su momento *constituyente* (61). Por el contrario,

(55) Así, STRATENWERTH (nota 11), p. 246.

(56) Así, STRATENWERTH (nota 11), p. 246. MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302.

(57) Así, DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR 1957, p. 395, habla de que se dé el «último impulso» a que se tome la resolución (p. 395); en cambio, si se refuerza la resolución existente, pero no completamente firme, apartando los últimos reparos o inhibiciones concurrirá una mera complicidad psíquica (p. 396); MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302, habla de que se le produzca «el último impulso a la formación y realización de la resolución»; ESER (nota 27), p. 186, habla del «último y decisivo impulso».

(58) Así, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2.

(59) Así, CRAMER, en SCH/SCH, StGB, § 26, n. 5 (p. 390).

(60) ROXIN (nota 26), p. 159. De él se deriva que si se determina a alguien que *ha tomado en consideración* la posibilidad de cometer un hecho, pero que aún tiene vacilaciones ponderantes en contra, existe inducción; en caso contrario, complicidad psíquica (p. 161). De esta manera resuelve los casos conocidos como de «*reforzamiento de la resolución*». Si el sujeto dice: «no me puedo decidir», existe inducción si alguien procura la preponderancia de las tendencias favorables al delito en la psique del autor a través de su sugestión; si en cambio dice: «estoy 90 % decidido», entonces complicidad psíquica (pp. 160-161). Los casos en los que la *necesidad y factibilidad del hecho* dependen de *condiciones externas* se resuelven análogamente, esto es, si el autor estaba preponderantemente decidido a la comisión del hecho en caso de que se produjeran esas circunstancias, entonces existe resolución (p. 166); sobre esta cuestión, en el ámbito de la tentativa, vid., ampliándose, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 95 ss., sobre todo pp. 110-112.

(61) PUPPE (nota 3), pp. 117-118, señalando que como muestra la teoría de la tentativa y del dolo la resolución sólo se constituye con el inicio de los actos ejecutivos.

a su modo de ver, desde su modelo que fundamenta la responsabilidad en un «pacto de injusto», esta problemática, cuando no se elimina, se reduce considerablemente. Siendo así que todo influjo psíquico orientado a modificar el plan del autor que no suponga un «convenio» con el mismo, deberá tratarse como complicidad psíquica (62), *careciendo* de importancia el que el autor, antes del pacto, *hubiera o no tomado la resolución* de cometer el hecho (63). Ciertamente, no hay nada que objetar a que la resolución sólo alcance su momento constituyente con el inicio de la fase ejecutiva, mas ello no implica que no se haya provocado con anterioridad una resolución, sino que únicamente obligará a que se exija que la resolución ejecutada (la que se «constituye») sea la *misma* que aquella que provocó el inductor (64). De no ser así, no se podrá atribuir el hecho al inductor por falta de relación de causalidad (psíquica). Por otra parte, entendemos que el influjo en la inducción «fundamenta» su injusto antes de la realización de los actos ejecutivos aunque éstos sean necesarios para su «punibilidad» (principio de accesoriadad) (65). Ciertamente, la «tentativa acabada» de inducción se alcanza con la provocación de la resolución, a partir de ese momento es irrelevante el que el sujeto siga o no queriendo la realización del hecho, como lo demuestra el que un posible «desistimiento voluntario» debería ser necesariamente «activo».

Deberá, pues, seguir siendo válido el criterio según el cual la complicidad psíquica y la inducción se distinguen básicamente por la provocación de una resolución, siendo de utilidad, para constatar la concurrencia o no de la misma, el criterio de la «preponderancia» de *Roxin*, al que entendemos se le puede encontrar un antecedente en

(62) PUPPE (nota 3), p. 116.

(63) PUPPE (nota 3), p. 119. Añadiendo que lo único decisivo es que en el momento de la ejecución el motivo conduzca a la resolución de cumplir el convenio con el inductor. No existe inducción, sino complicidad psíquica, mientras no concurra un compromiso derivado del pacto de injusto que motive o con motive en el momento de la ejecución (p. 118).

(64) Esta exigencia es la que excluye la consideración de la inducción en supuestos como los llamados de «cambio de dolo»: se le provoca una resolución al autor principal, pero éste durante la ejecución toma una nueva resolución, de la que «trae causa» el peligro creado. O, igualmente, la de aquellos supuestos en los que también se provoca una resolución, pero antes de la ejecución del hecho el autor se forma autónomamente una nueva. Este último supuesto es denominado por LETZGUS (nota 4), p. 34, inducción «ineficaz» quedando para él excluida la relación de causalidad entre el «resultado intermedio» (resolución) y el «resultado de la inducción» (hecho principal).

(65) Es durante la fase de provocación de la resolución cuando el sujeto, además de influir dolosamente en el inducido, debe «prever» los rasgos esenciales que configuran el hecho futuro (doble dolo). No afirmamos pues que el hecho principal no deba ser abarcado por el dolo a modo de «condición objetiva de punitibilidad» (cfr. sobre ello, QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal, Parte general*, 1986, p. 546), al contrario, durante toda la fase de «tentativa inacabada» ello deberá ser así, sino que entendemos que una vez alcanzada la fase de «tentativa acabada» ello ya será irrelevante por constituir únicamente un dolo «subsequens».

Dallinger (66). Así, respetando los presupuestos y límites que ya hemos señalado, consideramos válido lo siguiente: A) El influjo psíquico al propenso, dubitativo, o al que hace depender el hecho de factores externos condicionantes, se valorará como *complicidad psíquica* si el autor ya se había formado «preponderantemente» la resolución de cometer el hecho, autónoma o espontáneamente, consistiendo la influencia en «completar» el hecho, en apartar las últimas dudas o reparos, etc... (67). Por el contrario, se valorará como inducción, si el influjo decanta la resolución (procura la preponderancia), si configura comunicativamente una resolución ajena. B) El sujeto que se ha formado la resolución de cometer un hecho concreto —«omnimodo facturus»—, no puede ser inducido. En estos casos, conceptualmente, concurrirá *tentativa inidónea* de inducción o, en su caso, *complicidad psíquica* si el influjo «intensifica» o «estabiliza» la resolución sin modificarla (vid. *infra* III-2).

III-2

1. Así, pues, debe seguir siendo válida la *máxima* que afirma que el «omnimodo facturus», puesto que ya está resuelto al hecho concreto, no puede ser inducido. Como resulta de todo lo hasta ahora desarrollado, existirá inducción cuando se provoque de la forma descrita una resolución en el destinatario. Sin embargo, como hemos visto, no puede ser ésta entendida como producción de la resolución de cometer un hecho determinado en todos sus detalles, puesto que el límite normativo que impone la necesidad de que exista la complicidad psíquica exige que se pueda «completar» un plan abierto o «modificar» en el mismo ciertos detalles, siempre que éstos no afecten a la «identidad» de la resolución (68). Ahora bien, ¿cuándo podremos afirmar que no se ha alterado la identidad de la resolución? ¿Con qué *medida* valoraremos cualquier ulterior influjo en el autor que conduzca a una *modificación de hecho* al que originalmente se refería esa resolución?. Y, según ella, ¿qué *tratamiento jurídico* merecerá la modificación en cada caso?

2. La cuestión de en qué medida la modificación de la resolución altera su «identidad» admite un tratamiento fenomenológico y/o nor-

(66) En efecto, vid. *supra* nota 57.

(67) En cambio no son suficientes simples aceptaciones o manifestaciones de solidaridad que no influyen ni en la intensidad ni en la firmeza de una resolución ya tomada: ROXIN, en LK-StGB, § 27, n. 11.

(68) Si se parte de que el influjo psíquico en la inducción debe producir un hecho individualizado en todos sus detalles, no existirá espacio alguno en el que el influjo psíquico constitutivo de complicidad psíquica pueda aportar algo al hecho futuro. En este sentido, vid. SCHULZ (nota 31), p. 934.

mativo (69). Ello dependerá de la mayor o menor importancia que se atribuya para la determinación de la resolución a los factores relevantes para la subsunción. Aunque ambos puntos de partida han sido sostenidos, el segundo ha sido el que ha encontrado mayor eco en la doctrina. Esta presenta dos direcciones básicas. Una busca los límites de la identidad considerando como un todo unitario a la resolución resultante de la modificación: comprensión «sintética» de la resolución. Otra, en cambio, parte del principio opuesto, entendiendo que en la resolución provocada se puede distinguir dos partes, la preexistente al influjo del inductor atribuible al autor —resolución original— y la conformada por su influencia: comprensión «analítica» de la resolución (70).

3. La primera de las direcciones predominantemente normativas, esto es, aquélla que busca la respuesta a la cuestión de la identidad en criterios orientados a *diferencias de injusto cualitativas*, partiendo de una *concepción «sintética» de la resolución* modificada, sostiene que en estos casos se deberá responder por inducción respecto al *hecho completo* más grave originado por la modificación (71). Ello se justifica, en una primera formulación, en que en estos supuestos se provoca una «relevante elevación del injusto del hecho» (*fórmula de*

(69) No es ésta la postura de PUPPE, que como hechos visto considera aparente tanto la figura del «omnimodo facturus» como la problemática de la modificación de la resolución, pues, desde su modelo particular, la línea dogmática que parte de la «provocación de la resolución» en la conceptualización de la inducción, es inadecuada. Para la autora cualquier tipo de influjo psíquico que no suponga un «convenio» con el autor deberá considerarse complicidad psíquica, «con ello se liquida ya en parte el harto discutido problema del consejero que aconseja o desaconseja una forma calificada de ejecución del hecho» (nota 3), p. 116; cfr., asimismo, *supra*. Sin embargo, no siempre ha sustentado esta opinión; precisamente en trabajos anteriores había sostenido una solución para los supuestos de «modificación», que podría encuadrarse en las que posteriormente estudiaremos bajo la denominación de «comprensiones analíticas», para evitar las «manipulaciones» de la relación de causalidad que pueden derivar de las «comprensiones sintéticas», *la autora*, en *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, ZStW 92 (1980), pp. 885-887, sobre todo, p. 887 y notas 37 y 38.

(70) Indican la posibilidad de estas dos corrientes: LACKNER, StGB, § 26, n. 2 (p. 170), y, SCHULZ (nota 31), p. 935. Sin embargo, este último autor partiendo de un modelo de inducción basado en la concurrencia o no de «dominio del plan» (en la fase preparatoria), a su juicio, todo depende de quién crea o ha creado la «unidad de sentido delictiva». En caso de que haya sido el autor, entonces al que modifica la resolución únicamente se le podrá considerar cómplice psíquico. Por el contrario, si ha sido el inductor, entonces en los casos de modificación se responderá por inducción (este autor considera «omnimodo facturus» a aquél que posee la unidad de sentido delictiva) (p. 938). Sin embargo, este criterio puramente fenomenológico es sometido por el autor a tales restricciones normativas, que conducen la problemática, a mi modo de ver, de nuevo a los cauces tradicionales cfr., sobre ello, p. 939.

(71) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302; STREE, *Bestimmung eines Tatentschlusses zur Tatänderung*, Ernst Heinitz-FS, p. 293; OTTO (nota 24), p. 561; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 559; orientándose ampliamente en Stree, ROXIN, en LK. § 26, n. 6; el mismo, *Entscheidungssammlung für junge Juristen*. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2 ed., 1984, p. 234 (caso 79: nota a la BGHSt 19, 339-342); RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 216, aunque señala que no se pueden ofrecer soluciones globales, parece que se decanta por esta postura.

Maurach) (72). A esta fórmula se le ha objetado que no explica suficientemente por qué debe responder el sujeto por el hecho completo cuando sólo le es atribuible una parte del mismo. Y que no permite la clasificación valorativa de los diferentes supuestos posibles (73). Así, señala *Stree*, puede suceder que un incremento de injusto de «quantum» escasamente relevante genere la presencia de una cualificación típica (p. ej., el aconsejar que se retrase unas horas la liberación de un detenido ilegalmente), en cuyo caso, pese a la cualificación legal, no se podría hablar de una «relevante» elevación de injusto. Por ello, entiende él que la justificación de la responsabilidad por inducción por el hecho completo se encuentra más bien en que la *presencia de la circunstancia cualificante* imprime al nuevo hecho un *carácter especial de injusto* («acuña» específicamente el injusto del hecho). Ello excluye que se pueda afirmar una relación de identidad parcial entre el hecho resultante de la modificación y el original. Lo mismo ocurrirá, cuando la modificación haga entrar en juego un tipo autónomo. En ambos casos, a causa de la modificación, el nuevo hecho experimentará una profunda «transformación», que impedirá que podamos ver, p. ej., al robo como la suma de hurto y coacciones. Así pues, para *Stree*, lo decisivo será únicamente que la modificación provoque la presencia de una *cualificación legal* —sin importar que el hecho cualificado esté en una relación de inclusión con el hecho original— (74). Siempre que esto sea así, existirá inducción (p. ej., si se aconseja al que está resuelto a apoderarse de unos objetos valiosos, bien que utilice fuerza en las cosas, bien que cometa el hecho coactiva o violentamente, se responderá en esta línea por inducción a hurto con fuerza en las cosas o a robo respectivamente).

4. Por el contrario, entiende otro sector doctrinal (75) que en la resolución modificada se pueden distinguir normativamente dos par-

(72) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8). p. 302; a ella se remiten los fundamentos de derecho de la en esta materia más comentada sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt 19, 339-342): el caso Stuhlbein: A, O, S se propusieron sustraer dinero de la casa de una tendera, M, de 80 años. Como A ya había sido anteriormente condenado por un hurto grave, no quería participar en el hecho, pero sí en el botín. O y S contaban con que se notara su presencia durante el registro de la sala de estar. Dada esa eventualidad, pensaban derribar a M para escapar sin ser reconocidos. A les propuso que debían portar un palo y golpear en la cabeza a M para dejarla inconsciente. Los autores se dejaron determinar y ejecutaron así el hecho. La señora M resultó muerta a causa del golpe recibido en la cabeza con la pata de una silla. El caso presenta dos tipos de problemas: 1) la cuestión de la modificación de la resolución; 2) la participación en delitos cualificados por el resultado. El Tribunal condenó a A apelando a la «fórmula de Maurach» por inducción a robo con resultado muerte. ESER (nota 26), pp. 185 y ss., defiende en cambio un concurso ideal entre complicidad psíquica al robo e inducción a lesiones con empleo de medios peligrosos. También comentan la sentencia, p. ej., CRAMER, *nota a la* BGHSt 19, 339, JZ 1965, pp. 31 ss., y ROXIN (nota 70), p. 234.

(73) STREE (nota 71), p. 280.

(74) (Nota 71), pp. 285-292, sobre todo, p. 293.

(75) En este sentido, CRAMER (nota 72), pp. 31-32, con limitaciones en los casos de bienes jurídicos altamente personales; el mismo, en Sch/Sch, § 26, n. 6 (pp. 390-391),

tes: por un lado, aquella preexistente al influjo del instigador y, por otro, la conformada por los elementos por él introducidos («*principio de la división analítica*») (76). Desde este punto de vista, se objeta esencialmente a la anterior dirección que, en un plano *lógico*, la ampliación de la resolución no puede *equivaler* a su causación. Por ello, la relación existente entre el hecho original y el modificado deberá considerarse de «*plus*» («*identidad*» parcial) y no de «*aliud*». Ciertamente, no se niega que en los casos de modificación típica se produzca un incremento en el contenido de injusto del hecho, como muestra la diferente valoración punitiva legal. Mas para esta dirección, ello no explica por qué el que *amplía* una resolución debe responder por el hecho *completo como inductor* (cuestión distinta es si debe responder como cómplice psíquico). En realidad, desde este punto de vista, las soluciones de la dirección contraria sólo se podrían sostener si se constatare que en los supuestos debatidos se provoca la resolución «*global*» (77). Por ello, entienden, las variantes que parten del punto de vista contrario se esfuerzan en demostrar que entre el hecho original y el resultante de la modificación no existe ni siquiera una relación de identidad parcial, afirmando que en los casos de relación de modificación típica no se produce una simple elevación del injusto, sino una profunda modificación del mismo (78). Por el contrario, las soluciones analíticas, partiendo de la división de la resolución, entienden que lo decisivo para resolver la cuestión de la identidad parcial no es la *medida*, sino la *configuración del injusto* (79). Que la gravedad del injusto no es decisiva para resolver esta cuestión se desprende del propio concepto de inducción. En efecto, el que se exhorte a cometer hechos de una cierta gravedad, no es aún inducción por falta de determinación del hecho, puesto que la inducción exige como presupuesto la configuración del mismo. Así, este sector entiende mayoritariamente que en aquellos casos en los que existe una *relación de inclusión* entre el hecho original y el resultante de la modificación,

para los casos de relación delito básico-cualificación; JESCHECK (nota 8), p. 624, al menos, para los casos de delito básico-delito cualificado; BEMMANN, *Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise*, en Wilhelm Gallas-FS, p. 280 y *passim*, para los casos de delito básico-delito cualificado y delitos compuestos; GRÜNWALD, *Der folgenschwere Rat*, JuS 1965, p. 313 y sobre todo nota 32, únicamente para los casos de delito básico-delito cualificado, aun con limitaciones; SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 4, con modificaciones; LETZGUS, *Vorstufen* (nota 4), p. 33; STRATENWERTH (nota 11), n. 884 (p. 246); WELZEL (nota 23), p. 116, para los casos de delito básico-delito cualificado o delito autónomo; ESER (nota 27), p. 187, con la particularidad de que sólo se responderá por complicidad psíquica respecto al tipo básico; diferenciadamente, JAKOBS (nota 10), pp. 552-553; PUPPE, *Der Erfolg* (nota 69), pp. 886-887 y notas 37 y 38, sin embargo, actualmente de otra opinión (nota 3), p. 116, sobre ello, vid., *supra* nota 69. MIR PUIG (nota 4), p. 344, nota 42.

(76) Utilizando estos términos, LACKNER, StGB, § 26, n. 2 (p. 170); SCHULZ (nota 31), p. 935.

(77) CRAMER (nota 72), p. 31; BEMMANN (nota 75), p. 275.

(78) Cfr., STREE *supra* en texto.

(79) Así, BEMMANN (nota 75), p. 278.

al instigador únicamente se le podrá hacer responsable *como inductor* por el «plus» que le es atribuible, siempre claro está que sea *aprehensible de forma independiente* por algún tipo de la parte especial. Por lo que respecta, por el contrario, al hecho completo responderá como cómplice psíquico, en cuanto su influjo haya reforzado la resolución original (80). De esta forma, en el ejemplo arriba indicado, el que aconseja una ejecución coactiva al resuelto a apoderarse de unos objetos valiosos, responderá por inducción al delito de coacciones en unidad de hecho con complicidad psíquica a un delito de hurto.

No obstante, aceptando el punto de partida lógico del enfoque analítico, no todos los autores que lo desarrollan le dan un alcance análogo. Así, *Bemmann* entiende que en estos casos existe identidad parcial tanto en los delitos en relación de *modificación típica* como en los *delitos compuestos* (81). En cambio, otros autores sostienen concepciones diversas. Así, *Cramer*, que a los argumentos lógicos del punto de vista analítico, añade consideraciones derivadas de efectuar paralelismos con el exceso del autor (82), entiende que esta solución no debe aplicarse en los casos de infracciones de bienes jurídicos *altamente personales*, puesto que en ellos normalmente se producen desviaciones esenciales (83). *Samson* defiende que la modificación tampoco conducirá a un aliud en caso de que la *medida de lesión del bien jurídico permanezca inalterada* (84). Y *Grünwald* introduce restricciones de tipo *cualitativo* que conducen en la práctica a un tratamiento jurídico de los casos en cuestión casi análogo al de la postura contraria, dado que sólo acepta que concorra identidad parcial en aquellos supuestos en los que la cualificación se presenta «*junto*» a la lesión del bien jurídico típico (p. ej., la circunstancia de porte de armas), mas no en los que se produce un delito *autónomo* (85) (robo

(80) Salvo ESER (nota 27), p. 187, que en estos casos sostiene la responsabilidad por inducción respecto a la cualificación en concurso ideal con complicidad psíquica respecto al hecho al que estaba resuelto el autor, es decir, al tipo básico, y no al «hecho completo» como defienden el resto de autores. La opinión de la doctrina dominante es la que debe prevalecer pues en la complicidad psíquica, al no requerir provocación de la resolución, basta con reforzar el plan global.

(81) (Nota 75), pp. 278-279.

(82) Así, CRAMER (nota 72), p. 32: realiza paralelismos argumentativos con los casos de exceso del inducido. Una desviación del autor que se considera inessential para la responsabilidad del inductor, p. ej., el uso de gasolina en vez de petróleo en un delito de incendio (no existe exceso del inducido), sólo podrá conducir en el caso inverso a una responsabilidad por complicidad psíquica. En contra, de esta distinción entre los supuestos que afectan a bienes jurídicos altamente personales y los que no: STREE (nota 71), p. 281-282 y nota 15, considerando que descansa más en consideraciones de sentimiento que racionales; asimismo, GRÜNWARD (nota 75), p. 315 en nota 33.

(83) Cfr. (nota 72), pp. 278-279.

(84) SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 4.

(85) Así, según GRÜNWARD (nota 75), p. 313: el robo no es una forma agravada de hurto, sino un delito cualitativamente distinto, puesto que no se puede considerar que el núcleo del robo sea un apoderamiento de cosa ajena al que se le introducen circunstancias cualificantes, ni que el hecho de que se pueda dividir en partes implique que el contenido del mismo equivalga a la suma de las mismas.

en vez de hurto), ni en los casos en los que la presencia de la circunstancia cualificante ocasione una *ampliación* o *intensificación de la lesión* del bien jurídico (86).

5. A mi juicio, en estas constelaciones de casos en las que se dan relaciones de «inclusión», debe considerarse válido lo siguiente: Es fundamentalmente correcto el partir de una comprensión «analítica» de la resolución modificada. Ciertamente, en un plano lógico, no se puede considerar equivalente el complementar una resolución previa con el provocar una la resolución —como exige la responsabilidad por inducción— (87). Ello se compatibiliza perfectamente con los resultados obtenidos en la distinción conceptual de inducción y complicidad psíquica. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista el *límite inmanente* de este planteamiento. Pues, en efecto, éste será válido *mientras* la modificación pueda considerarse como configuración «complementadora» de la resolución original (que subsiste). Ya que en este caso podrá seguir afirmándose que la resolución que genera la ejecución sigue «perteneciendo» al autor (88). Por el contrario, puede suceder que la modificación del inductor provoque una

(86) En estos casos se responderá según GRÜNWARD (nota 75), p. 315 en nota 32, por inducción.

(87) Con ello, además, se evitarán manipulaciones de la relación de causalidad. La comprensión sintética de la resolución modificada («fusión» de la resolución original y de la modificación), conlleva el que se *diluya* el presupuesto esencial de la inducción, esto es, el que para que se responda como inductor se debe haber provocado necesariamente la resolución de cometer el hecho *total*. No basta el que se haya contribuido cocausalmente a su adopción mientras no se pueda considerar que este influjo no «configure» «comunicativamente» una resolución global en el autor. Ello además se compatibiliza mucho mejor con el fundamento de la punición de la inducción y con la equiparación punitiva a la coautoría. Al inductor se le castiga igual que al autor por determinar psíquicamente la «configuración» del *mismo* injusto que ejecuta el autor, no por «complementarlo»; para ello ya tenemos la complicidad psíquica.

(88) Imaginemos que un sujeto le propone a otro que está resuelto al apoderamiento de un objeto que emplee medios intimidatorios. Según la comprensión «sintética» de la resolución, aquí se genera una nueva resolución (aliud). De consumar el autor principal tal delito respondería por inducción a robo. Pero imaginemos de nuevo que finalmente el autor, pese a haber aceptado la proposición, no emplea los medios intimidatorios durante la ejecución por no ser necesarios. Según la doctrina absolutamente dominante, incluidos los autores que defienden esta postura, en estos casos en los que se realiza menos de lo que la resolución provocada abarcaba, se responde sólo por lo efectivamente realizado (en este caso por el hurto), vid. *infra* IV, 5. Puesto que esta línea afirma que se provoca con la modificación una resolución «global» «nueva», no podría negar aquí que el proponente respondiera por lo efectivamente ejecutado, ya que esto también le «pertenece» (por el hurto, puesto que según esta teoría se provoca con la modificación tanto lo que se propone como lo que ha habido decidido el autor), es decir, *por aquello a lo que ya estaba decidido el autor* (?). En cambio, la comprensión «analítica» entiendo que llegaría aquí a resultados correctos. De consumar el autor tal delito, respondería el proponente como inductor a coacciones en unidad de hecho con complicidad psíquica respecto al robo. Pero como en este caso el autor no ejecuta el «plus» propuesto aprehensible autónomamente, respondería únicamente por complicidad psíquica respecto al hecho efectivamente ejecutado (1), estructuralmente en concurso con la tentativa de inducción respecto al complemento en caso de que sea punible.

«transfiguración» de la resolución original (se desfiguran los rasgos esenciales que configuran el injusto del hecho). En este caso, se deberá afirmar que la resolución que genera la ejecución es atribuirle por completo al inductor. Por ello, ya no podremos dividir analíticamente la resolución modificada. Estaremos ante una *nueva* resolución. En la medida en que esto sea así, no podrán plantearse reparos a la responsabilidad por inducción respecto al hecho completo. Naturalmente, en esta línea, la cuestión consistirá en delimitar cuándo la modificación configura complementando y cuándo transfigura la resolución original. Para ello, no podrán ser de utilidad criterios que se fundamenten básicamente en el contenido (gravedad) del injusto —como la fórmula de Maurach—. Ni es inducción el instar a la ejecución de hechos de determinada gravedad. Ni queda ésta excluida en casos en los que la gravedad («peso») del injusto resultante permanece inalterada (p. ej., violación/homicidio). Tampoco, deberá partirse *únicamente* de los criterios que establece el legislador en la sistematización de la parte especial. Estos se deberán tener en cuenta de forma necesaria, pero no de forma exclusiva. Pues, en efecto, con frecuencia, responden más a exigencias tanto de técnica legislativa como de fenomenología delictiva que a las relaciones internas entre los distintos delitos (como muestra la teoría del concurso). Por ello, no se puede aceptar que *siempre* que se produzca una cualificación, necesariamente se responda por inducción (89). Por el contrario, la delimitación deberá encontrarse en las distintas concretas «configuraciones» de injusto de los distintos delitos y en sus relaciones internas. Por ello, considero válido lo siguiente: A) Si la modificación incide en circunstancias que no afectan a la subsunción, existirá complicidad psíquica en cuanto el influjo refuerce la resolución de cometer el hecho (90). En aquellos casos, en los que el influjo psíquico ocasione una intensificación de la agresión que no pueda ser aprehensible autónomamente (principio de la división analítica), existirá también complicidad psíquica, aunque el incremento de antijuricidad material deberá ser valorado en la medición de la pena (art. 61, cuatro y siete) (91); B) Si la modificación incide en elementos que no afectan a la subsunción por tratarse de un tipo mixto alternativo, se responderá por complicidad psíquica en aquellos casos en los que el influjo

(89) Sin embargo, en contra, cfr. STREE (nota 71), p. 285-293, que sostiene que cualquier cambio de tipo fundamenta la responsabilidad por inducción, incluso en los casos de cualificaciones temporales, p. ej., alguien aconseja retrasar al detenido ilegalmente unos minutos entrando en juego cualquiera de las cualificaciones de los preceptos correspondientes; como este autor, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 6 y § 27, n. 13.

(90) P. ej., si se propone la utilización de petróleo en vez de gasolina en el incendio, de una pistola con silenciador por un revólver en el homicidio... (complicidad psíquica).

(91) P. ej., se proponen unas detenciones ilegales de mayor entidad, de dos a tres días, lo que a pesar de aumentar la antijuricidad «material» del hecho no afecta a las calificación (complicidad psíquica).

psíquico esté dirigido a un cambio de elementos típicos «esenciales» o «accidentales» que el legislador ha tipificado en relación de alternativa (92); C) Si la modificación crea en «riesgo» de configuración diferente al que el autor originalmente resolvió («transfiguración» del injusto), concurrirá responsabilidad por inducción (93). No sólo conducirá la modificación a la creación de un riesgo distinto en los supuestos de heterogeneidad del bien jurídico (94), sino también en aquellos en los que la modificación conduzca a un cambio de objeto empírico en bienes jurídicos íntimamente unidos a su sustrato (95); D) Si la modificación propuesta por el inductor ocasiona que se realice un delito de menor gravedad, que está en relación de «inclusión» (es decir, siempre que no concorra C), se dará una responsabilidad por complicidad psíquica a menos de que concurren los requisitos del estado de necesidad u otra causa de justificación (96); E) Si la modificación propuesta por el inductor ocasiona que entre en juego alguna cualificación respecto al tipo básico originalmente pretendido o un delito de mayor gravedad (autónomo), concurrirá (siempre que no se de C: «transfiguración») (97) una responsabilidad como cómplice psíquico por el delito «global» y, eventualmente, en concurso, una responsabilidad como inductor por el complemento, siempre que éste sea aprehensible, autónomamente (98).

IV

1. Hasta aquí hemos analizado algunas de las constelaciones de casos que se manifiestan especialmente problemáticas durante la pri-

(92) P. ej., se propone un cambio de modalidades en el allanamiento de morada (elementos esenciales), o, p. ej., se propone un cambio de modalidades en el hurto con fuerza en las cosas (1.º, 2.º, 3.º ó 4.º o también de las alternativas propias de los párrafos 2.º, 3.º, 4) (elementos cualificantes).

(93) P. ej., al resuelto a cometer un hurto se le propone que realice cualquier tipo de estafa, delito más «limpio» (inducción a estafa).

(94) P. ej., si se incita al resuelto a unas lesiones a que cometa un atentado a la libertad sexual.

(95) P. ej., la propuesta del inductor implica un cambio de víctima en la ejecución del delito («no mates a A sino a B»). Sobre ello, vid. SILVA SÁNCHEZ (nota 44), pp. 371 ss.

(96) P. ej., si se propone que en vez de ejecutar las detenciones ilegales de mayor cuantía resueltas se realicen unas «menores»: complicidad psíquica (p. ej., cree que así se consiguen mejor los fines previstos), salvo que el sujeto actuara en salvaguarda del tercero (estado de necesidad).

(97) P. ej., si el inductor propone al autor que en vez de las lesiones originalmente resueltas acabe con la vida de la víctima; ello, a pesar de la relación «inclusión», ocasionará una responsabilidad por inducción, pues la propuesta ha «transfigurado» la configuración del injusto del hecho. La ejecución del «nuevo» hecho, ya que no se puede considerar como ejecución de la resolución original + complemento, sino como ejecución de la resolución provocada.

(98) P. ej., al resuelto a un hurto con fuerza se le propone que ejecute el hecho con intimidación (responsabilidad por complicidad psíquica respecto al robo en unidad de hecho con inducción a coacciones).

mera fase de la inducción. En ella, como hemos constatado, los problemas giran ante todo en torno al concepto de identidad. Este elemento conceptual de la figura de la inducción es el que permite distinguir a ésta de la complicidad psíquica y el que permite o no afirmar la responsabilidad por inducción en los casos de modificación del plan original del autor. Mas la inducción *completa* presupone, en una segunda fase (principio de accesoriedad), que el autor principal ejecute un *hecho antijurídico en correspondencia* con dicha *resolución* (segundo resultado de la inducción). De no concurrir esta necesaria relación entre la resolución provocada y el hecho ejecutado por el autor, quedará excluida la figura. La doctrina parte tradicionalmente de que el hecho ejecutado por el autor principal sólo se podrá imputar al inductor cuando se «corresponda» (99) con el hecho que se representó y al cual indujo; sólo entonces el autor será un «aeque facturus et aeque faciens» (100). El grado de «congruencia» «objetiva» (101) y «subjetiva» (102) exigible a una tal relación es problemática, en este ámbito, en varios grupos de casos (103). Sin embargo, aquí restringiremos nuestro estudio a sólo algunos de ellos. Si en la primera parte de este trabajo analizábamos el tratamiento jurídico que merecían aquellos supuestos en los que el instigador modificaba la resolución original del autor, siempre que entre el hecho originalmente planeado por el autor y efectivamente realizado por el autor se diera una relación de «inclusión». Ahora pretendemos analizar precisamente el *problema complementario*. El reverso de la moneda. Esto es, aquellos supuestos en los que provocada por el inductor en el autor la resolución de cometer un hecho, realiza éste otro hecho que, pese a ser diverso, aún mantiene respecto al original la mencio-

(99) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 21.

(100) HALL (nota 14), p. 358.

(101) La relación de causalidad (vid. *supra* III-1, 3) no sólo debe concurrir entre conducta de inducción y resolución, sino también entre conducta de inducción y hecho principal (conducta del inductor-resolución-conducta del autor [hecho principal: intentado puesta en peligro «virtual» del bien jurídico] o consumado [lesión del bien jurídico]). Sobre esta estructura, vid., LETZGUS, *Vorstufen* (nota 4), p. 22 y ss., asimismo, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2 y n. 8.

(102) Por todos, D. MEYER (nota 41), p. 95.

(103) Así, también se discuten las repercusiones del *error* en el *objeto* o la desviación del *golpe* del autor en el inductor (p. ej.: un coleccionista de arte instiga a un sujeto para que se apodere de un cierto cuadro de Goya que le consta pertenece a una colección privada; sin embargo, el torpe ejecutor confunde la obra mencionada con otra de un pintor diverso, y los supuestos, semejantes, en los que se produce un «cambio de dolo» del autor principal (p. ej.: en el mismo caso anterior, el autor no confunde el cuadro, sino que toma otro, bien porque piensa que será de mejor agrado del inductor, bien porque no le es posible apoderarse del inicialmente previsto). También son problemáticos los presupuestos dogmáticos exigibles en el inductor para que se le pueda imputar el *delito cualificado por el resultado* cometido por el autor (por ej., un sujeto instiga a otro a que cause unas lesiones a un tercero utilizando medios peligrosos, resultando muerta la víctima como consecuencia directa de su utilización).

nada relación de inclusión. Este doble análisis permite, a mi juicio, en mayor medida, el caracterizar los presupuestos dogmáticos del «hilo conductor» de la inducción.

2. Como señalábamos al principio, el dolo del inductor debe abarcar los rasgos esenciales que configuran el injusto concreto del hecho (104). El hecho principal individualizable constituye uno de los *objetos de referencia* del exigible «doble dolo» de la inducción (105). Si se renunciara a la individualizabilidad del hecho principal, además de desdibujarse objetivamente el concepto de inducción y de perder su legitimidad la equiparación punitiva de ésta con la autoría, dejaría de ser constatable la línea delimitadora del *exceso* del inducido (106). En efecto, en este ámbito, la doctrina es unánime en considerar al dolo del inductor como *límite* de su *responsabilidad* (107). Este principio y el de *accesoriedad*, en su aspecto limitador (el inductor sólo responde hasta el límite de lo efectivamente realizado por el autor) (108), constituyen los dos principios dogmáticos básicos con los que se deben abordar los supuestos en cuestión. Veamos, pues, la problemática de la exigible congruencia objetiva y subjetiva.

3. El primer grupo de casos es aquél que se caracteriza por presentar *desviaciones «inesenciales»* que no obstan a la congruencia, ni por tanto a la responsabilidad por inducción. El autor seguirá considerándose un «*aeque facturus et aeque faciens*» (109). En efecto, según los principios trazados, las *desviaciones* que no afecten a la configuración normativa del hecho exigible en la inducción, no obstarán a la responsabilidad por inducción (110). Objetivamente, no es exigible que el hecho esté concretizado hasta sus últimos detalles (111). En la inducción, por su naturaleza accesoria, el inductor deja la ejecución en manos del autor principal, único que posee «dominio del hecho» (112) (p. ej., el autor comete el robo antes o después, en un lugar o en otro, sobre una víctima o sobre otra, utiliza un revólver

(104) Vid., por todos, HILLENKAMP, *Die Bedeutung von Vorsatzkokretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, 1971, p. 51.

(105) El primer objeto de referencia del doble dolo lo constituye la propia conducta del inductor que provoca la resolución (primer resultado de la inducción). Esta conducta debe ser necesariamente dolosa, bastando el dolo eventual, lo cual excluye que se responda por inducción en los casos de provocación por imprudencia de la resolución. Vid., por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 340 y pp. 346-347 y ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 15. En estos casos de provocación por imprudencia de una resolución (con su posterior ejecución), cabría, según BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 560, acudir a una autoría accesoria imprudente.

(106) DREHER, *Der Paragraph mit dem Januskopf*, W. Gallas-FS, p. 320.

(107) Vid., por todos, JESCHECK (nota 8), p. 624 (ulteriores referencias en nota 125).

(108) Vid., por todos, HILLENKAMP (nota 104), p. 53.

(109) HALL (nota 14), p. 358.

(110) Vid., los autores citados en las notas 8 y 111.

(111) CRAMER (nota 72), pp. 31-32; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 21; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 563; SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/125 (p. 315).

(112) De lo contrario ello nos podría conducir a afirmar realización de hecho propio a través de un tercero, es decir, autoría mediata.

en vez de una pistola, ejecuta el hecho en coautoría..., siempre, claro está, que ello no afecte a la subsunción). Tampoco afectará a la configuración del hecho el que el autor lo realice bajo circunstancias que a pesar de ser distintas de las planeadas pertenecen a un mismo tipo mixto alternativo (113) (p. ej., allanamiento de morada) (p. ej., las distintas cualificaciones del hurto con fuerza en las cosas), pues ello no altera la configuración normativa del hecho. Aquí, se responderá pues por *inducción «completa»*.

4. El segundo grupo de casos es aquel que se caracteriza por ser el autor un «alias facturus et alias faciens» (114). Aquí, el autor altera el hecho hasta «transfigurarlo» (aliud) (115), quedando por ello excluida su imputación al inductor (p. ej., se comete un homicidio en vez de las sugeridas detenciones ilegales). Y, ello, no sólo porque el hecho principal ejecutado no sea abarcado por su dolo, sino ya antes, porque no puede ser considerado como una ejecución *objetivamente «congruente»* de la resolución que le provocó el inductor (116). En estos casos, el inductor ha provocado *una* resolución, pero no es *ésta* la que se ha ejecutado. Por lo tanto, *conceptualmente*, constituirá una *tentativa de inducción* (117). En muchos de estos casos, lo que en realidad ocurre es que se produce un «cambio de dolo» (118). El sujeto, antes o durante la ejecución, toma una *nueva* resolución, diversa de la que efectivamente se provocó (p. ej., el inducido a cometer unas amenazas decide causar unas lesiones a la víctima para mejor amedrentarla).

5. El tercer grupo de casos es aquel que se caracteriza por ser el autor un «minus facturus et minus faciens» (119). Esta se da cuando el delito ejecutado realiza un tipo cuyos elementos están conteni-

(113) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 22.

(114) HALL (nota 14), p. 361; LETZGUS (nota 4), p. 43, recoge asimismo estas denominaciones.

(115) Vid., *supra* III-2, 5.

(116) Indican acertadamente de forma expresa esta limitación: RODRIGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 857; SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/121 (p. 314). En Alemania, en algunos de estos supuestos (en aquellos en los que entre el delito propuesto y el ejecutado se da una relación de «parentesco» (p. ej. extorsión-estafa), BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 567, propone aplicar las reglas de la «constatación alternativa», respondiendo según ella el inductor por el delito menos grave (en este caso, la estafa); MONTENBRUCH (nota 8), p. 342, propone la construcción de un tipo «truncal» *supralegal*; en contra, ESER (nota 27), p. 108 y LETZGUS (nota 4), p. 48, señalando que la propuesta de BAUMANN supone una ruptura del principio de accesoriidad; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 23, alegando que de «lege lata» no se puede sostener la concepción de Montenbruck por infringir la necesaria referencia del dolo al tipo objetivo legal. En realidad, estas propuestas, además, el igual que las concepciones sintéticas en materia de modificación de la resolución (vid. *supra* III-2), deben ser rechazadas por no respetar, por «manipular», el presupuesto objetivo de la «identidad» de la resolución en la inducción.

(117) En la terminología de LETZGUS (nota 4), pp. 43 y 52, se da un caso de tentativa de inducción no seguida de resultado que, de «lege lata» en Derecho alemán, es punible en la medida en que concurran los presupuestos del párrafo 49 del StGB.

(118) Sobre esta figura, vid. HILLENKAMP (nota 104), pp. 55 y ss.

(119) HALL (nota 14), p. 361.

dos expresamente o como paso necesario en el hecho representado por el inductor (120). Este es el caso cuando el autor ejecuta un delito de menor gravedad en relación de inclusión respecto a aquel al que se le indujo (inducción a tipo cualificado-realización del tipo básico o inducción a delito autónomo más grave-realización del delito autónomo menos grave). En estos casos, que constituyen el reverso del exceso, el inductor sólo responderá hasta el límite de lo efectivamente ejecutado —principio de accesoriadad— (121). Todo ello en la medida en que la «disminución» no obsta a la subsistencia del dolo respecto al delito menos grave (p. ej., inducción al hurto con fuerza en las cosas y ejecución de hurto simple, inducción a robo y realización de hurto simple o cualificado). Aquí, *estructuralmente*, cabe sostener el siguiente tratamiento jurídico: *inducción consumada delito menos grave al efectivamente cometido en unidad de hecho con tentativa de inducción respecto al delito más grave* (122).

6. El cuarto grupo de casos es aquel en que el autor es un «plus facturus et plus faciens» (123). Este se caracteriza porque aquí, el delito efectivamente ejecutado realiza un tipo que además de los elementos que se representó el inductor incluye otros adicionales (124). Esto sucede cuando la ejecución por el autor del hecho bajo las nuevas circunstancias hace que entre en juego un tipo que está en relación de cualificación típica o un delito autónomo en relación estructural de inclusión (p. ej., el inducido a un hurto simple, ejecuta el hecho con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación; el inducido a unas lesiones, acaba con la vida de la víctima...). En este grupo de casos, que es el que propiamente cabría denominar bajo la expresión exceso del inducido, se sostiene de forma absolutamente dominante por la doctrina que la responsabilidad del inductor alcanzará justo hasta donde abarque su dolo (125) (bastando, por supues-

(120) BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566.

(121) Vid., por todos, HILLENKAMP (nota 104), p. 53; FERRER SAMA (nota 4), p. 52-53, cuando los actos perpetrados por el inducido sean de menor gravedad, el inductor responderá en la medida que ofrezca la responsabilidad del inducido. Igualmente, todos los autores citados en la nota 24.

(122) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 25; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566 y (nota 21), p. 134; STRATENWERTH (nota 11), n. 887 (p. 247); CRAMER, en Sch/Sch, § 26, n. 18; LETZGUS (nota 4), p. 45.

(123) HALL (nota 14), p. 360.

(124) BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566.

(125) En este sentido la doctrina absolutamente dominante, vid.: FRANK (nota 4), p. 123; WELZEL (nota 23), p. 117; MEZGER (nota 8), p. 328; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 308-309; JESCHECK (nota 8), p. 624; JAKOBS (nota 10), p. 554; ESER (nota 27), p. 188; WESSELS (nota 11), p. 164; HILLENKAMP (nota 104), pp. 55-56; LETZGUS (nota 4), p. 44; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Notas al Tratado de Mezger* (nota 8), p. 328; CÓRDOBA RODA, en *Notas de Derecho español a Maurach*, Tratado de DP (1962), p. 374; MIR PUIG, en *Adiciones de Derecho español a Jescheck*, Tratado de DP (1978), p. 974; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859-860; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 821; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), pp. 512-513, 523 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, PG, 2 ed., 1986, pp. 530-531.

to, el dolo eventual). Se constituye pues al dolo del inductor como principio limitador de la responsabilidad por inducción.

En este punto, la sentencia que comentamos ha supuesto un notable avance, respecto a anteriores concepciones jurisprudenciales (126). En afecto, actualmente (127), el Tribunal Supremo distingue entre *desviaciones* que son *esenciales* desde el punto de vista cualitativo y desde el punto de vista cuantitativo. Según ello, si se produce una desviación esencial *cualitativa* (p. ej., lesiones-violación) quedará excluida la responsabilidad por inducción (128), a menos que la voluntad del inductor cubra cualquier medio de ataque y éste pertenezca a la misma «familia» de delitos (p. ej., estafa- robo) —vid *supra* IV, 4—. En cambio, si se produce una desviación esencial *cuantitativa*, existirá responsabilidad por inducción, siempre que concorra por lo menos dolo eventual respecto a la consecuencia más grave. De no ser éste el caso, el Tribunal Supremo examina dos posibles tratamientos jurídicos, ambos, se afirma, insitos en el campo de la culpa. El primero (129), consiste en la aplicación de la atenuante del artículo 9.4 como en la preterintencionalidad homogénea, puesto que al igual que

(126) Con anterioridad a la sentencia que comentamos, en este ámbito, la *jurisprudencia* de nuestro Tribunal Supremo había mostrado la siguiente evolución. En un principio, se imputaba al inductor el exceso del inducido siempre que las consecuencias más graves se «*encadenaran lógicamente*» con las «previstas» —mera relación de causalidad— (SSTS 25-5-64 y 3-12-64).

Sobre esta fase de la evolución jurisprudencial, cfr.: CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte general*, tomo I, 18 ed. (revisada y puesta al día por Camargo Hernández), pp. 669 y 678; QUINTANO RIPOLLÉS (nota 13), p. 389, ve en ello una manifestación del «*versari in re illicita*», que aunque recusable, era insoslayable con la legislación de la época; el mismo, *Comentarios al Código penal*, 2 ed. (renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Gimbernat Ordeig), 1966, p. 265, señala que es «sumamente objetable en buenos principios culpabilistas». Como acertadamente señala RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 860, y el propio Fundamento de Derecho primero de la sentencia comentada, esta doctrina jurisprudencial, más que suponer una toma de posición en torno al problema del tratamiento jurídico del exceso del inducido, era consecuencia necesaria de la configuración que sostenía el TS acerca de los delitos cualificados por el resultado.

Posteriormente, se modificó la anterior línea jurisprudencial, pasándose a distinguir entre un *exceso* en los *finés* o cualitativo y un exceso en los *medios* o cuantitativo. En el primero, que abarcaba aquellos casos en los que el autor cometía un delito más grave de distinta naturaleza (nomen iuris), se excluía la imputación al inductor de dicha consecuencia, siempre que ésta no fuera previsible —relación de causalidad más previsibilidad—. En el segundo, que abarcaba aquellos supuestos en los que el autor cometía un delito más grave de la misma naturaleza (p. ej., realización de un hecho en relación de cualificación típica), no se excluía, en cambio, la imputación del exceso al inductor (así, STS 30-4-71, A. 1995 y STS 30-12-80, A. 5073, p. 4095 [4091-4096] caso Atocha), en virtud del principio «*finés mandati custodiendi sunt nam qui excessi aliud quid facere videtur*».

(127) STS 22-11-88, A. 9231, p. 9057; STS 24-6-87, A. 4998, pp. 4788-4790; STS 5-5-83, A. 2644, p. 1992-1993 (caso Yolanda).

(128) Mas en opinión del TS, no la responsabilidad por provocación.

(129) Solución parcialmente coincidente con la que ya se encuentra en FERRER SAMA (nota 4), pp. 52-54, sobre todo, p. 54. Con fundamento en el Derecho penal vigente en la época, sostiene que los supuestos de exceso deben solucionarse según las reglas de la preterintencionalidad (antiguo art. 50 y art. 9.4). En contra de ella, RO-

en ella, en estos casos únicamente se produce una diferencia de grado o cantidad que pese a ser discordante con la voluntad del inductor, es previsible (aplicación del art. 9.4, a los supuestos de culpa respecto a la consecuencia más grave que no supone una alteración del «nomen iuris»). El segundo, en sostener la responsabilidad por inducción respecto al delito al que dolosamente se indujo más la autoría por imprudencia respecto al resultado más grave. El Tribunal Supremo se decanta, alegando razones «pragmáticas», por la primera solución en atención sobre todo a la dificultad que existiría en algunos delitos (p. ej., lesiones) para acotar el «delito base» (130). La objeción derivada de que esta atenuante está pensada únicamente para el autor (131), la salva el Tribunal Supremo recurriendo a la atenuación analógica (art. 9,4 en relación con el artículo 9.10) (132).

Aquí, en cambio, estimamos preferible la segunda opción. Por otra parte, debe indicarse que, desde la última reforma del Código penal, han desaparecido en buena medida las dificultades anteriores en el ámbito de la «prognosis quod tempus». Así, si el inducido a un delito básico (p. ej., unas detenciones ilegales del art. 480), ejecuta el hecho bajo circunstancias cualificantes (p. ej., imponiendo un rescate), o si el inducido a un delito (p. ej., a unas lesiones) ejecuta un delito autónomo en relación de «inclusión» (p. ej., un homicidio), el inductor sólo responderá por el *delito básico o menor* (133), a menos que subjetivamente cubriera esta eventualidad. Si la cubre al menos con dolo eventual, obviamente, responderá por el *delito efectiva-*

DRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, objetando que tanto el antiguo art. 50 como el art. 9,4 se refieren a los ejecutores; en el mismo sentido, BERNARDO DEL ROSAL, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, 1986, p. 384, añadiendo que en cualquier caso tras la RPUCP no sería esta solución defendible.

(130) La utilización de esta clase de razones «prácticas» por el TS no es nueva. Así, ya en el tratamiento jurídico de la preterintencionalidad argumentaba en contra de la solución del «concurso ideal» alegando la dificultad de efectuar una «prognosis quod tempus» de las lesiones básicas dolosas.

(131) RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859.

(132) El propio RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, propone esta posible vía.

(133) FRANK (nota 4), p. 123; MEZGER (nota 8), p. 328; WELZEL (nota 23), p. 117; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 308-309; JESCHECK (nota 8), p. 624; STRATENWERTH (nota 11), n. 887 (p. 247); ROXIN, en LK-StGB, § 26. n. 25; CRAMER, en Sch/Sch, n. preliminar § 25, n. 45 y § 26, n. 18; SAMSON, en SK-StGB AT, n. preliminar § 26, n. 39; JAKOBS (nota 10), p. 554; ESER (nota 27), p. 188; WESSELS (nota 11), p. 164; HILLENKAMP (nota 104), pp. 55-56; LETZGUS (nota 4), p. 44; RODRÍGUEZ MUÑOZ (nota 125), p. 328; CÓRDOBA RODA (nota 125), p. 374; MIR PUIG (nota 125), p. 974; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), pp. 512 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859-860 afirma que el inductor únicamente responde por los resultados abarcados por su dolo; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 821, deriva del principio de culpabilidad que no se responderá por el exceso del ejecutor material cuando sea relevante para el título de implantación; en sentido diverso, FERRER SAMA (nota 4), p. 53-54, proponía con la anterior legislación la aplicación de las reglas del antiguo artículo 50 y del artículo 9,4, en un sentido análogo a como las interpretó Silvela para la preterintencionalidad; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, 2 ed., 1902, p. 610, describiendo los códigos de Paraguay y Portugal, parece como si estimase deseable una mínima previsibilidad subjetiva.

mente ejecutado. Ahora bien, si la entrada de esta cualificación hubiera sido prevista subjetivamente de forma culposa se tendría que afirmar una responsabilidad por *inducción consumada dolosa respecto al tipo básico en unidad de hecho con autoría accesoria imprudente respecto al delito más grave*, en la medida en que ésta sea punible (134).

En esta materia uno de los problemas básicos en constatar el *abánico de posibilidades fácticas que son cubiertas subjetivamente por el inductor*. La «praxis» muestra que en ocasiones el inductor «configura» «comunicativamente» una «resolución» en el inducido, que admite más de una posibilidad de ejecución «congruente» (sirva de muestra la sentencia que aquí se comenta). Ciertamente, no es en este ámbito infrecuente el que se provoque una resolución en el inductor que contenga múltiples variantes de realización (normalmente de menor a mayor gravedad) (135). En efecto, como señalábamos al principio (136), el influjo psíquico configurador de la resolución, característico de la inducción, se propaga necesariamente por medios comunicativos. Estos medios, normalmente verbales, aunque no se excluye el empleo de otra clase de signos (escritos, actos concluyentes), transmiten al inducido el «mensaje instigador». Sin embargo, su contenido semántico no es directamente «traducible» en calificaciones jurídicas. Ello genera, en principio, dos clases de problemas. Por una parte, será fuente de posibles supuestos de *error* (137). Y, por otra, la que aquí interesa, obligará a delimitar ya en este ámbito

(134) Así, en Derecho alemán, debido a que se sostiene un concepto unitario de autor respecto a los delitos imprudentes: vid., p. ej., WELZEL (nota 23), p. 122; MONTENBRUCK (nota 8), p. 331; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, nota 77, señala que no puede negarse radicalmente esta opción en Derecho español; defiende esta solución, GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 513. Entiendo que, aunque se admita la inducción a un hecho imprudente, esta es la solución correcta también en Derecho español. Ciertamente, la accesoria no debe entenderse únicamente como una relación de referencia jurídica, sino como una relación de referencia «fáctica» que tiene consecuencias «jurídicas». Ello permite que, en estos casos, puesto que el hecho efectivamente realizado (doloso más grave) «contiene» el propuesto por el inductor (doloso menos grave, en relación de «inclusión»), se admita la participación por inducción dolosa consumada respecto al menos grave, pues éste también se ha «realizado». Sin embargo, impide que se hable de inducción a un hecho imprudente que ni se ha cometido, ni está contenido por el hecho efectivamente ejecutado (que es doloso). De mantener una concepción del principio de accesoria exclusivamente apegada a la idea de «unidad de título de imputación», ello nos conducirá a tener que afirmar, o bien una tentativa de inducción respecto al «delito» menos grave, puesto que «éste» no se ha «realizado» (?), o bien una inducción al delito más grave efectivamente realizado aunque *no concurren* los exigibles presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal (?) (p. ej., la aplicación de las reglas ya superadas de la preterintencionalidad en su interpretación clásica (antiguo art. 50/art. 9,4 o la analógica), aplicando este último de forma cualificada o muy cualificada...).

(135) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 9 y SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 7, ponen de manifiesto que es posible la inducción a hechos alternativos.

(136) Vid. *supra* III-1, 2.

(137) Por ejemplo, si el receptor interpreta falsamente el contenido semántico de un mensaje inductivo (utilización por el emisor de argots o lenguaje técnico desconocido por el destinatario, o viceversa) —por exceso o por defecto—. Pone de manifiesto cuestiones análogas: OTTO (nota 23), p. 560.

las *variantes de ejecución* que *objetivamente* se derivan del mensaje utilizado. Así, por ejemplo, si el inductor le transmite al inducido mensajes del tipo siguiente: «consigue el objeto cueste lo que cueste», «a toda costa», «a cualquier precio», la dificultad principal radicará, en primer momento, en determinar «objetivamente» el abanico de posibilidades de realización de la resolución provocada. Como cuestión previa, el juez deberá constatar en el contexto situacional dado el alcance posible de tal mensaje, que aquí bien puede abarcar objetivamente desde un hurto, pasando por un robo, hasta unas lesiones o incluso un homicidio (138). En estos casos (y en otros que presenten características análogas), la ejecución de cualquiera de estas posibilidades debería considerarse objetivamente congruente. Únicamente cuando hayamos delimitado «lo» objetivamente imputable, debaremos pasar a analizar si el inductor abarcó subjetivamente todas estas variantes —la exigible congruencia subjetiva deberá analizarse bajo los criterios generales del dolo, teniendo en cuenta especialmente sus diferentes formas de «aparición»— (139). En todos estos casos, siempre que el mensaje instigador permita a través de su «interpretación» el configurar un hecho o múltiples variantes del mismo «individualizables», estaremos ante supuestos de inducción (140). Así, una vez constatado el alcance objetivo de las posibles variantes, sólo quedará por probar que concurría en el inductor la exigible congruencia subjetiva (141) en el momento en el que su conducta configuró tal resolución.

V

1. Hasta aquí, la sentencia a propósito de la cual hemos realizado el presente comentario nos ha brindado la oportunidad de efectuar una serie de reflexiones sobre algunos de los puntos conflictivos de la inducción a delito. En ella, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de ocuparse de aspectos de gran relevancia en el ámbito de esta figura, constituyendo, su contribución, una importante aportación de nuestra jurisprudencia a la profundización de los siempre oscuros problemas de la participación delictiva. Ahora ha llegado el momento de señalar, en una anotación concreta del supuesto de hecho, que

(138) Como pone de relieve MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 310.

(139) Será de gran utilidad para la resolución de estos casos el tener presente figuras como las del dolo «alternativo», dolo «cumulativo», dolo «cumulativo» con indeterminación cuantitativa, etc. Sobre éstas, vid., con profunda amplitud, SILVA SÁNCHEZ (nota 44), *passim*, sobre todo, pp. 356 y ss (y las referencias que este autor hace a JOERDEN, *Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Voratz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus*, ZStW 95 (1983), pp. 565-605.

(140) Vid., *supra* nota 135.

(141) Sobre el momento en el cual debe producirse esta congruencia «subjetiva», vid. nota 65. Cfr., sin embargo GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 513, que admite la posibilidad de que el dolo se «actualice» durante la ejecución.

además, a nuestro juicio, el Tribunal Supremo ha resuelto el supuesto de hecho concreto con acierto.

2. En el supuesto de hecho de la presente sentencia destacan los siguientes puntos: respecto a la primera fase de la inducción, la cuestión de si afirmaciones del tipo «darle un escarmiento para que se marchara de la ciudad...» completadas por «pegara a la tal Amadora para así asustarla y que se marchara de la ciudad...» poseen el grado de «concreción» suficiente para la inducción, así como su alcance objetivo; y, respecto a la segunda fase, la cuestión de los presupuestos objetivos y subjetivos exigibles para que se pueda imputar al inductor lo realizado por el inducido, la cuestión de si la resolución provocada por la inductora se «corresponde» con lo ejecutado por el inducido (aquí, el inducido, además de causar unas lesiones graves, «aprovecha para tener contacto carnal con la agredida»).

Conforme a los criterios que ya hemos descrito, no existe problema en afirmar que en el presente caso la inductora provoca la resolución de cometer un hecho «concreto-individualizable» en su «configuración» (142). El problema radica, como también hemos señalado, en que la utilización de tales expresiones genera la cuestión de tener que delimitar el abanico de variantes de realización fáctica que «objetivamente» deberán considerarse «congruentes» con la resolución provocada (143). Es ésta una cuestión «de hecho» que debe ser resuelta por el Tribunal de instancia, atendiendo a cuantos elementos «situacionales» permitan a través de su «interpretación» «individualizar» el alcance de tal expresión. El Tribunal Supremo llega a la convicción, basada, tanto en el «contexto» de este tipo de delincuencia, como en la consulta de los autos, que tal expresión, si bien alcanzaba el «señalar» la cara de la víctima (144), no abarcaba, en cambio, el «contacto carnal» también cometido (145). Sin olvidar el respeto al «principio de inmediación» y atendiendo a los datos que se derivan de la descripción fáctica, debemos respetar la convicción del Tribunal. En este punto, respecto a las lesiones causadas, nos limitaremos aquí a señalar que normativamente el mensaje instigador posee el grado de concreción exigible en la inducción y que el «método» seguido en la individualización de las variantes fácticas es correcto (ciertamente, las variantes de tal expresión pueden alcanzar desde unas lesiones leves a unas graves). Respecto al «contacto carnal» la cuestión aún es más clara. Aquí, la actuación del autor reviste los caracteres del llamado «cambio de dolo» del inducido. En efecto, como queda constatado en hechos probados, fue *durante* la ejecución cuando el inducido pensó en *aprovechar* la oportunidad para tener «contacto car-

(142) Vid. *supra*, II, III-2, 5, V.

(143) Vid. *supra* IV, 6.

(144) Vid. el Fundamento de Derecho número cuatro de la sentencia (A. 4998, pp. 4789-4790).

(145) Igual que la nota anterior.

nal» con la víctima. Ello excluye que podamos ver en este punto la actuación del inducido como la ejecución objetivamente «congruente» de la «resolución» «provocada», sino que más bien constituye un supuesto de formación independiente y espontánea de «nueva» resolución (146). Es correcta por tanto la exención de responsabilidad que afirma el Tribunal Supremo respecto a esta parte de la ejecución (147) (el TS lo califica de exceso «cualitativo»).

Puesto que las lesiones causadas si que son objetivamente atribuibles a la resolución provocada por la inductora, sólo quedará por constatar si asimismo concurre la exigible «congruencia subjetiva» (148), esencial para afirmar la responsabilidad por inducción «completa». Aquí, el Tribunal llega a la convicción (hechos probados) de que la inductora por lo menos abarcó con dolo «eventual» el grado más alto de lesiones causadas (cubiertas —dice— «in genere»), por lo que en su opinión, no se puede hablar de un exceso «cuantitativo». Respetando también aquí la cuestión «de hecho», únicamente cabe indicar que, en este caso, como no existe una inducción con una sola variante de ejecución, sino con varias variantes de ejecución (de mayor a menor gravedad), el Tribunal debe haber constatado que el dolo del inductor (en cualquiera de sus modalidades) alcanza hasta el grado en cuestión. Si esto es así, no existirá reparo alguno en afirmar la responsabilidad por inducción «completa» (149). Por el contrario, si hubiera existido previsibilidad subjetiva culposa respecto al grado de lesiones más grave, debería estimarse más apropiada, a nuestro juicio, como ya se ha señalado, la solución del concurso (150).

(146) Vid. *supra* IV, 4.

(147) En esta fase, el inducido renuncia al «yacimiento» pretendido ante la manifestación de la víctima de que tenía la menstruación cuando ya había realizado actos ejecutivos (actos de fuerza, tender a la víctima en la cama, desnudarla, maniatarla...), pasando a cometer una «penetración anal». Como quiera que con anterioridad a la última reforma de nuestro CP, la «penetración anal» se calificaba como abusos deshonestos, aquí el supuesto fáctico plantea el problema de analizar la posible relevancia de tal «renuncia» como desistimiento voluntario. Puesto que el Tribunal condena por abusos deshonestos consumados, cabe pensar, aunque nada mencione al respecto, que le concede relevancia. De lo contrario, debería haber calificado los hechos como tentativa de violación. En cualquier caso, actualmente ello carecería de relevancia, puesto que la última reforma ha equiparado típicamente el «yacimiento» y la «penetración anal». Por ello, tal «renuncia» debería verse como desistimiento de una modalidad típica para cometer otra de sus alternativas típicas, esto es, como un desistimiento irrelevante para la calificación.

(148) Vid., *supra*, IV, 6.

(149) Vid., *supra*, IV, 6.

(150) Vid., *supra*, IV, 6. Por otra parte, cabe señalar que conforme a la nueva regulación del delito de lesiones, si en el futuro se interpretase el artículo 420,2 como un delito cualificado por el resultado, deberá exigirse que concorra en el inductor la exigible dualidad: dolo respecto a las lesiones/culpa respecto a las consecuencias «directas» más graves. Sobre ello, en este ámbito, cfr., ampliamente, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 1966, pp. 308 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 511.

Jurisprudencia constitucional

**PUBLICADA EN JUNIO-SEPTIEMBRE DE 1989
Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL**

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma. Madrid

D) CONSTITUCION

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad

Aunque la igualdad ante la Ley que consagra el artículo 14 de la Constitución implica, junto a la obligación de legislador de no establecer diferenciaciones irrazonables, la de no aplicar la Ley de manera discriminatoria, tal principio no impide en modo alguno que los órganos de la jurisdicción penal puedan adoptar las medidas cautelares de aseguramiento, personales o reales, previstas en el ordenamiento jurídico con entera libertad respecto de cada uno de los distintos encausados de un mismo proceso, habida cuenta que la finalidad perseguida con la adopción de dichas medidas no es otra que la de garantizar que la persona contra la que se dirige el proceso no intente sustraerse a la acción de la justicia y que la adopción o no de medidas cautelares, la elección de las mismas, e incluso su cuantificación, ha de hacerse en atención al mayor o menor número de probabilidades de que tal evento se produzca, siempre y cuando el órgano judicial justifique el distinto tratamiento dispensado a los imputados.

(Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo. RA 1139/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

Igualdad. Sucesión de normas

Pero la sucesión de normas, conforme ha afirmado este Tribunal (SSTC 70/1983, 103/1984 y 121/1984, entre otras), no puede hacerse equivaler a una

desigualdad de trato temporal ni constituye, en sí misma, infracción del artículo 14 de la Constitución (AATC 66/1987 y 226/1987). Por ello, tampoco cabe tachar de discriminatoria la argumentación del Tribunal Supremo, pues se limita a constatar la no vigencia, al tiempo de instarse la reclamación de la Ley Orgánica del Poder judicial, y rechaza motivadamente, conforme a la doctrina de la propia Sala sentenciadora, la no aplicación del artículo 121 de la Constitución al modo entendido por los recurrentes antes de entrar en vigor la citada Ley Orgánica del Poder Judicial.

(Sentencia núm. 128/1989, de 17 de julio. RA 816/87. «BOE» de 9 de agosto de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

Principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva

La demandante hace residir dicha vulneración en el distinto trato que en el trámite de calificación provisional, se dispensó al Ministerio Fiscal y al acusador privado y el que se tuvo con ella, puesto que en relación en aquellos se ordenó el traslado de la causa y, además, se requirió al Procurador del acusador privado para que se hiciese cargo de las actuaciones y, por el contrario, con la demandante se omitió, tanto la orden de traslado como el requerimiento, siendo, por ello, objeto de una discriminación que vulnera el citado principio de igualdad.

Este principio en su proyección específica a la igualdad de las partes en el proceso y, como tal, integrado, según se deja dicho en el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, significa que los Tribunales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la Ley procesal de manera igualitaria que garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la Ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dicho equilibrio e igualdad.

Al no discutir la demandante la constitucionalidad del régimen preclusivo y de impulso de oficio que establece la LECr, que, sin duda, es el más apropiado a la naturaleza del proceso penal, resulta claro que su denuncia de violación del principio de igualdad carece de consistencia y debe, por ello, rechazarse, pues las desigualdades de trato que alega en modo alguno alteraron la igualdad de las partes, en cuanto que estando la causa, con su pleno conocimiento, a disposición de la parte a quien se le concede plazo para calificación provisional, la circunstancia de que la providencia en que así se acuerda no contenga expresa orden de traslado de la causa, que pudiera haber figurado en anteriores providencias en relación con otras partes, en nada supone ventaja para éstos, ni procede desequilibrio procesal alguno, siempre que se exprese, de manera clara y precisa, que se abre el plazo de calificación y, por tanto, no pueda la parte tener duda alguna acerca de su obligación de cumplir dicho trámite en el término por el cual se concede y de que la orden de traslado de la causa sea innecesaria por estar ya a su disposición desde el mismo momento en que se le notificó la providencia

La incuestionable concurrencia de estas condiciones en el caso aquí debatido evidencian el valor meramente nominalista y formulario de la alegación de desigualdad aquí aducida, en cuanto que resulta manifiesto que esa denuncia de omisión de la orden de traslado carece de incidencia alguna en el derecho a la igualdad procesal de la demandante, a quien ciertamente, cuando tenía a su disposición la causa, se le notificó providencia en la cual bien claramente se acordaba que, evacuado el trámite de calificación por la acusación particular, se pasaba a igual fin el curso de la causa a la representación de la asociación demandante por igual término de diez días, concediéndosele, por tanto, el trámite de calificación sin limitación alguna de su derecho a utilizarlo y en condiciones en las que no se aprecia desventaja alguna en relación con las partes que, con anterioridad a la demandante, cumplieron el mismo trámite.

Siendo igualmente indiscutible que el trámite de calificación, igual que cualquier otro trámite procesal, no puede iniciarse mientras la parte a quien se concede no puede evacuarlo por causas ajenas a su voluntad, resulta totalmente injustificada la alegación de desigualdad que trata de fundamentarse en el hecho de que el acusador privado se le requiriese para hacerse cargo de la causa y no se hiciese lo mismo con el demandante, ya que en relación con ésta dicho requerimiento no tenía sentido alguno por estar la causa a su disposición, mientras que para aquélla otra parte el requerimiento resultaba imprescindible, precisamente para mantener esa igualdad que tan infundadamente considera la demandante vulnerada, pues cuando se concedió el trámite al acusador privado no se le podía entregar la causa, por hallarse retenida a la espera de la incorporación de determinada documentación, pendiente de ser aportada a las actuaciones, y, por tanto, el requerimiento para que se hiciese cargo de la causa una vez cesara su retención era medida necesaria en protección de su derecho a utilizar el trámite dentro del término concedido, y con ello no se causó quebrantamiento alguno al derecho de la demandante a la igualdad procesal, sino que se impidió que esta igualdad, que también es un derecho de las demás partes, se quebrantara o vulnerara en relación con el acusador privado.

(Sentencia núm. 101/89, de 25 de junio. RA 1313/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad y seguridad

V. Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo, sobre *Libertad provisional bajo fianza*. Artículo 529 LECr.

ARTÍCULO 18.1

Derecho al honor

Carece también de toda relevancia constitucional la aducida infracción del derecho al honor consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, pues es doctrina

reiterada de este Tribunal que la adopción de medidas judiciales, legalmente previstas, no producen una intromisión ilegítima en el derecho al honor, siempre que, como ocurre en este caso, estén acordadas dentro de los supuestos legalmente previstos y expresamente razonados en términos de Derecho.

(Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo. RA 1139/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 19

Derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional

Carece también de relevancia la alegada infracción del derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19 de la CE), pues, de una parte, como pone de manifiesto la Audiencia Nacional, la obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado instructor es mandato expreso del artículo 530 de la LECr, que exige la comparecencia *apud acta* de todo imputado en situación de libertad provisional. Y de otra parte, como este Tribunal ha dicho en supuestos similares al que nos ocupa (ATC 650/1984), la presentaci3n ante el Juzgado, por ser una medida cautelar legalmente prevista, aunque ciertamente significa una restricci3n del derecho de libre elecci3n de residencia, no constituye una vulneraci3n al mismo aquella resoluci3n judicial que, como ocurre en el presente caso, impone tal obligaci3n dentro de los supuestos legales y en forma razonada en t3rminos de Derecho. Todo ello sin olvidar que en este caso se ha permitido al recurrente efectuar la comparecencia ante el Juzgado de la ciudad por 3l elegida como lugar de residencia.

(Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo. RA 1139/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 20.1 a

Derecho a la libertad de expresi3n

Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que las libertades del artículo 20 de la Constituci3n no son s3lo derechos fundamentales de la persona, sino tambi3n significan el reconocimiento y garant3a de la opini3n p3blica libre, que es una instituci3n ligada de manera inescindible al pluralismo pol3tico, valor esencial del Estado democr3tico, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trascienden a la com3n y propia de los dem3s derechos fundamentales, incluido el del honor (SSTC 6/1981, 114/1986, 107/1988 y 165/1987). Esta situaci3n de «valor superior o de eficacia irradiante» de la libertad de expresi3n obliga a considerar en el enjuiciamiento penal de conductas en el ejercicio de esa libertad, si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales act3an como causa excluyente de la antijuridicidad» (STC 107/1988).

(Sentencia núm. 121/89, de 3 de julio. RA 1628/87. «BOE» de 24 de julio de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Ver la referencia al artículo 570 CP de esta misma sentencia.

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Incongruencia

La relevancia que, desde una perspectiva constitucional, pueda tener la incongruencia denunciada nos conduce a realizar un breve pero necesario examen de la doctrina constitucional sobre dicha materia. Examen en el que es conveniente delimitar, en principio, lo que puede considerarse como distintas modalidades de la denominada «incongruencia» de las resoluciones judiciales; pues, en efecto, la falta de adecuación entre la parte dispositiva de las mismas y las pretensiones deducidas en el proceso, admite tres manifestaciones diferentes: Que la sentencia otorgue más de lo solicitado por el actor, que conceda menos de lo admitido por el demandado o que resuelva cosa distinta de lo pedido por ambas partes.

De estas tres modalidades, el análisis ha de centrarse a continuación, sobre la primera, toda vez que, del planteamiento efectuado por la recurrente en amparo se desprende que la incongruencia que atribuye a la resolución judicial en este supuesto, no se fundamenta en la ausencia de respuesta judicial a alguna de las prestaciones formuladas, sino por el contrario, en la extralimitación cuantitativa que se reprocha a dicha decisión respecto de las mismas; inadecuación que se reconduce, en definitiva a la fijación por el Tribunal de una cantidad superior a la solicitada por las partes, en concepto de responsabilidad civil derivada de la infracción penal, durante el desarrollo del proceso.

Pues bien, acerca de la relevancia constitucional de tal materia, así como sobre la incidencia que la misma pudiera tener sobre el contenido del derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones, configurando una doctrina que, a los efectos que ahora nos ocupan, puede resumirse en la consideración que se recoge en la STC 142/1987, de 23 de julio, recurso de amparo núm. 857/86, en los siguientes términos «... En definitiva, la indefensión a que alude el art. 24.1 CE, en cuanto a la incongruencia *extra-petita*, se refiere a que no puede el Juez o Tribunal alterar o modificar los términos del debate judicial (SSTC 34/1985, 116/1989 y 29/1987), debiendo ajustarse al objeto del proceso, pero en modo alguno omitir la decisión sobre el tema propuesto por la parte, ni por ello, pronunciarse sobre cuestión no alegada ni discutida ...».

Es, por tanto, la inadecuación entre el contenido del fallo o parte dispositiva de la resolución y las peticiones o pretensiones de las partes, provocando una merma de los derechos de contradicción y defensa de alguna de ellas, lo que determinará, conforme al criterio señalado, la vulneración del derecho consagrado en el artículo 24.1 de la CE y, en consecuencia, la trascendencia constitucional del referido desajuste.

Conviene precisar ante todo que en el orden penal, en el que se desarrolla la causa de la que dimana el presente recurso y según un criterio jurisprudencial reiterado, es el escrito de conclusiones definitivas el instrumento procesal que ha de considerarse esencialmente a efectos de la fijación de la acusación en el proceso; en consecuencia, y como ya se dijo en la STC 20/1987, de 19 de febrero, «la sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales...».

La cuestión ha sido resuelta por la sentencia recurrida sin incidir en la incon-

gruencia de este recurso de amparo. En efecto, conforme al artículo 242.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad». Subsanado el defecto mediante la nueva celebración del juicio oral con asistencia de la Mutua Nacional del Automóvil que, por falta de citación, no había comparecido en el primeramente celebrado, es claro que al elevar a definitivas sus conclusiones la acusación particular, no podían ser otras que las que con ese carácter tenía ya formuladas en su escrito de 25 de junio de 1985, cuyo contenido, con arreglo al citado precepto, podría permanecer invariable una vez que la parte elevó a definitivas las conclusiones en el juicio válidamente celebrado, con asistencia en el mismo de la actual recurrente en amparo. Por la instrucción de los autos y por la sentencia absolutoria dictada en la instancia en la que se recogían las conclusiones definitivas formuladas por las partes, y que fue notificada a la actual recurrente en amparo, conocía ésta el contenido de las pretensiones que el órgano judicial *a quo* consideraba formuladas en la causa y que, recogidas «en los antecedentes de hecho» coincidían con las efectuadas en el primer acto del juicio oral, sin que opusiera a ello objeción alguna la Mutua recurrente en amparo que ni siquiera compareció al acto de la vista de la apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Instrucción.

Sentado lo anterior, no cabe, en consecuencia, apreciar extralimitación alguna en la sentencia de segunda instancia que, aceptando tales «antecedentes de hecho» recogidos en la resolución impugnada, y que el desarrollo del recurso de apelación no habían resultado discutidos por ninguna de las partes, concedió una indemnización en concepto de responsabilidad civil por importe que no supera la mencionada petición.

Por tanto, y en suma, ni el contenido del fallo que se impugna supuso extralimitación alguna respecto de la solicitud expresa por la acusación particular en el curso del proceso ni al mismo puede reprocharse como pretende la actora, alteración de los términos en que se manifestó dicha petición; términos, que habían quedado clara y expresamente delimitados ya en la sentencia de instancia, y con respecto a los cuales, gozó la actual recurrente en amparo de las facultades de contradicción y defensa procesal que le correspondían, durante la tramitación de la causa, tanto en primera como en segunda instancia. Todo ello determina que no estimándose infringido el derecho fundamental que se invoca, la pretensión de la actora no pueda ser acogida en esta sede.

(Sentencia núm. 91/1989, de 16 de mayo. RA 210/87. «BOE» de 14 de junio de 1989.—Ponente: Fernando García-Mon.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de contradicción

La cuestión planteada en los términos expuestos ha sido objeto de diversas resoluciones de este Tribunal que conforman un Cuerpo de Jurisprudencia consolidada. De acuerdo con tal doctrina contenida, entre otras, en las SSTC 114/1986, de 2 de octubre, 112/1987, de 2 de julio, 66/1988, de 14 de abril y 53/1989,

de 22 de febrero, debe considerarse, en primer lugar, que es elemento integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes del proceso puedan varler sús derechos e intereses legítimos. El principio de contradicción en cualquiera de las instancias es, además, exigencia imprescindible del derecho al proceso con las garantías debidas (art. 24.2 CE), para cuya observancia adquiere una singular relevancia constitucional el deber que incumple a los órganos judiciales de hacer posible que las partes puedan adoptar la conducta procesal que estimen conveniente a través de los oportunos actos de comunicación establecidos por la Ley Procesal. De esta manera sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte, o por negligencia inexcusable a ella imputable, podría justificar, en principio, una resolución «inaudita parte».

(Sentencia núm. 109/1989, de 8 de junio. RA 1164/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

Derecho a la tutela judicial efectiva

Ver sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo, sobre *Libertad provisional bajo fianza*. Artículo 529 LECr.

Ver sentencia núm. 83/1989, de 10 de mayo, sobre *Prescripción de los delitos y faltas*. Artículo 114 CP.

Derecho a la tutela judicial efectiva

Ver sentencias núms. 92/1989 y 94/1989, de 22 de mayo sobre *Recurso de revisión*. Artículos 954 y siguientes LECr.

Indefensión

El resultado de indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución es aquel que tiene su origen directo e inmediato en actos u omisiones de los órganos judiciales, estando excluidas de su ámbito protector las debidas a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que los representen o defienden y ya se deja dicho que la preclusión del término de calificación provisional conferido a la demandante tiene causa exclusiva en su voluntario incumplimiento, sin que en modo alguno haya intervenido en el mismo acción y omisión del Tribunal que declaró dicha preclusión.

(Sentencia núm. 101/89, de 25 de junio. RA 1313/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Doctrina reiterada de este tribunal viene afirmando que el concepto de indefensión de relevancia constitucional tiene un significado material, más allá de la observancia de las formas procesales, y que no coincide enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión (STC 48/1984). La indefensión constitucionalmente relevante comporta la introducción de factores diferentes del mero respeto de las normas procesales y del rigor de enjuiciamiento (Auto de 14 de mayo de 1986). También ha afirmado que esa indefensión consiste en la prohibición del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los interesados del afectado por la decisión judicial (Sentencia 23 de abril de 1989), si bien esa limitación de los medios de defensa ha de ser producido por una indebida actuación de los órganos jurisdiccionales (Sentencia de 21 de mayo de 1986). También es reiterada la doctrina del Tribunal de que no puede invocarse indefensión cuando la razón de la misma se debe de manera relevante a la inactividad o negligencia, por falta de la diligencia procesal exigible al lesionado o se genera por la voluntaria actuación desacertada, equívoca o errónea de dicha parte (STC 109/1985), diligencia que se refiere no sólo a la persona del recurrente, sino también a la de su representación procesal, por lo que las eventuales lesiones resultantes de las relaciones entre el justiciable y su representante procesal no son amparables constitucionalmente, y ello por la razón de que no son atribuibles a un poder público (STC 205/1988).

(Sentencia núm. 112/89 de 19 de junio. RA 386/88. «BOE» de 24 de julio de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 24.2

Derecho al Juez imparcial

Como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sus SSTC 113/1987, fundamento jurídico 4.º, 145/1988, 47/1982, 261/1984, 44/1985 y 148/1987, de las garantías del proceso debido, que reconoce como derecho fundamental el artículo 24.2 CE, forma parte la del Juez imparcial, la cual constituye no sólo una de las notas esenciales del principio acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un «proceso con todas las garantías», sino también y al propio tiempo es un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo núm. 2 del artículo 24 de la Constitución.

La necesidad de atribuir la fase de instrucción y la del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales conforma hoy, frente al proceso penal inquisitivo del antiguo régimen, la primera nota que ha de concurrir en un proceso penal acusatorio, pues, debido a la circunstancia de que la actividad instructora puede comportar una labor esencialmente inquisitiva, a fin de prevenir el prejuzgamiento y evitar que el acusado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad, se hace necesario que aquella función sea encomendada a un órgano, al que se le ha de vedar expresamente la posibilidad de entender del juicio oral, cuyo conocimiento ha de quedar reservado a otro órgano jurisdiccional que no haya efectuado actividad inquisitiva alguna contra el imputado.

Asimismo, y desde un punto de vista orgánico, el derecho a ser juzgado por un Juez o «Tribunal independientemente e imparcial» (art. 14.1 del Pacto Inter-

nacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) constituye la principal exigencia del derecho al Juez legal, que ha de presidir la constitución de los órganos jurisdiccionales penales, pues, si nuestra Constitución sanciona el derecho que a todos asiste al «Juez ordinario predeterminado por la Ley», habida cuenta de que la Constitución es la primera Ley que ha de ser acatada por todos los Poderes Públicos (art. 9.1) y que nuestra misma Ley fundamental, en sus artículos 24.2 y 117.1, eleva la independencia judicial y, la *imparcialidad* a nota circunstancial de todo órgano jurisdiccional, es evidente que la constitución de un órgano judicial, en el que pudiera presumirse su falta de imparcialidad, ha de conculcar el derecho al Juez legal.

Así lo ha confirmado, tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo (asuntos Piersack, S. de 1 de octubre de 1982 y de Cubber, S. de 26 de octubre de 1984), como las de este propio Tribunal (SSTC 145/1988, de 12 de julio; 164/1988, de 26 de septiembre y 11/1989, de 24 de enero), que ha reputado como contrarios al derecho al Juez legal «imparcial» el que un mismo órgano, instructor y decisor, pueda imponer penas privativas de libertad.

En el presente recurso, sin embargo, lo que ha de abordarse no es la problemática constitucional que suscitaba en términos generales y abstractos el artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, resuelta, como se ha dicho por la STC 145/1988, sino si su aplicación en el presente caso ha supuesto efectivamente para el demandante la lesión de sus derechos fundamentales y al Juez ordinario a su proceso con todas las garantías y al Juez legal.

A los expresados efectos, puesto que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción, debe comprobarse, examinando las actuaciones, si el Juez recusado había realizado previamente una actividad que merezca la referida calificación. En tal sentido, y debido a la circunstancia de que la instrucción comporta la realización de múltiples y heterogéneos actos, algunos de los cuales podrían no tener naturaleza inquisitiva, en la línea preconizada por la STC 145/1988 se impone un atento estudio de los realizados en el presente caso a fin de determinar si, en su ejecución, pudo el Juez instructor comprometer su imparcialidad.

Partiendo de la anterior doctrina se hace obligado señalar en el caso que nos ocupa que, de los diversos actos realizados por el Juez de Instrucción, existen dos que, sin lugar a dudas, comportan una actividad esencialmente inquisitiva: El interrogatorio judicial del detenido y el Auto de prisión provisional.

Si bien no todo interrogatorio judicial ha de originar necesariamente la presunción de pérdida de imparcialidad del Juez instructor y así sucede, por ejemplo, en la declaración del imputado «para ser oído» de los artículos 486 y 488 LECr en la que, como su nombre indica, el Juez ha de limitarse a escuchar la declaración del imputado sobre los cargos con carácter previo a adoptar, en su caso, su procesamiento, dicha pérdida de imparcialidad objetiva ha de estimarse concurrente en el interrogatorio judicial del detenido (art. 386), en el que, siendo de aplicación inmediata o supletoria, las normas relativas a las «declaraciones indagatorias», las preguntas del Juez han de ser directas y dirigirse «a la averiguación de los hechos y la participación en ellos del procesado» (art. 389), por lo que al término de dicho interrogatorio el Juez puede haberse formado una determinada convicción acerca de la participación del imputado en el hecho punible, que hace obligada su exclusión en la fase de conocimiento del juicio oral.

Similares consideraciones son también de aplicación en la adopción de la prisión provisional, la cual no tiene por qué necesariamente erigirse en causa de abstención o de recusación a los efectos de preservar la imparcialidad del Juzgador. Dicha pérdida de imparcialidad tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el Juez de Instrucción adopte de oficio esta medida cautelar sin la previa instauración del contradictorio.

(Sentencia núm. 106/1989, de 8 de junio. RA 464/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Derecho a ser informado de la acusación formulada

Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha previsto la necesidad de notificación personal al justiciable del hecho de la apelación, pero esta falta de previsión legal no libera al órgano judicial, e incluso al propio Ministerio Público de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. La STC 24/1982 ha afirmado que la asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado, en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando así mantuviese una actitud pasiva procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador». Si esto se ha dicho para facilitar el acceso a una garantía esencial como es la del recurso, aún con mayor rigor hay que afirmarlo cuando ya no trata de asegurar el derecho a la defensa del imputado, para evitar una condena superior a la impuesta en la instancia. Por ello, a la luz del artículo 24.2 de la Constitución, que garantiza el derecho a no ser condenado sin ser oído, y, por tanto, a no ser condenado sin haber podido ejercer el derecho a la defensa, con la debida asistencia letrada, corresponde cuando se trata de reos asistidos de oficio al celo del órgano judicial e incluso también del propio Ministerio Fiscal, evitar, aun a falta de previsión expresa por parte de la Ley, que se produzcan situaciones de indefensión no imputables al condenado, como la que ha tenido lugar en el presente caso.

Oponer a las conclusiones precedentes la falta de previsión expresa por parte de las leyes de este trámite de citación o emplazamiento personal en supuestos como el que centra la presente demanda de amparo, supondría desconocer el efecto de prevalencia de la CE (art. 9.1 y Disposición derogatoria tercera), en cuya virtud es norma superior y posterior. Ello tiene la consecuencia, como reiteradamente (desde nuestras SSTC 4/1981 y 9/1981, fundamentos jurídicos 5.º y 3.º, respectivamente), ha establecido este Tribunal que todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a aquélla y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la Constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico, y aunque pudiera resultar útil en algunos casos, no es sistemáticamente necesaria la reiteración permanente de las cláusulas de salvaguarda que los derechos fundamentales incorporan a lo largo de todo el ordenamiento jurídico; de la estructura y funcionalidad de las Institucio-

nes, los Tribunales ordinarios y, en su caso, este mismo, han de extraer las consecuencias lógicas de la incorporación de la Norma fundamental al ordenamiento jurídico que encabeza.

(Sentencia núm. 112/89 de 19 de junio. RA 386/88. «BOE» de 24 de julio de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Derecho a un proceso público con todas las garantías

En la invocación del derecho a un proceso público con todas las garantías se vuelven a esgrimir argumentos que se dejan ya inaceptados, insistiendo en que no se señaló plazo para recoger la causa ni se acordó explícitamente orden de dar traslado de las actuaciones, respecto, de las cuales debemos nuevamente precisar que ni esta orden ni el señalamiento del indicado plazo constituyen garantías que vengan establecidas en la Ley como de obligado y esencial cumplimiento, pues los artículos 649 y siguientes de la LECr, únicamente disponen que «se comuniquen la causa» para que las partes califiquen por escrito los hechos, y esto es lo que ordenó en la providencia de 13 de agosto, la cual no necesitaba de posterior orden de traslado de la causa ni de requerimiento para hacerse cargo de la misma, por estar ésta a disposición de la demandante, para que el término por el cual se otorgó el trámite se entendiera iniciado y debiera la parte utilizar dentro del mismo, si así lo consideraba conveniente su derecho, el trámite conferido.

Por otro lado, el que en algunos Tribunales exista la práctica de que el proveído por el cual se acuerda el traslado para calificación sea seguido de requerimiento al Procurador «bien formalmente o bien a través de nota o comunicación verbal», para que se haga cargo de las actuaciones, y en el caso de autos no se haya observado esta práctica, carece de incidencia en el citado derecho fundamental, dado que se trata de una práctica *extra legem* que en modo alguno puede configurarse protegida por el artículo 24.2 de la Constitución, al menos si resulta evidentemente innecesaria, tal como ocurre en el supuesto del presente recurso.

(Sentencia núm. 101/89, de 25 de junio. RA 1313/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Que, aun aceptando que el objeto de la demanda de amparo se extendiera también a la pretendida lesión del derecho del actor a un proceso sin dilaciones indebidas, no resulta tampoco viable el amparo que se nos pide: primero, porque la apreciación ahora de las pretendidas dilaciones indebidas en que pudo haber incurrido el Juzgado de Distrito no podrá conducir a que este Tribunal adoptase medidas para hacerlas cesar, una vez que ha concluido el procedimiento penal en ambas instancias, y ello sin perjuicio de que la inactividad judicial denunciada por el actor pudiera configurar, un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que haya generado daños indemnizables con arreglo a la legislación vigente; y segundo, porque la apreciación en esta sede de tales

dilaciones indebidas no podría en modo alguno traducirse, frente a lo que el actor pretende en sus escritos de demanda y de alegaciones, en el reconocimiento al mismo de un derecho a la interrupción del plazo de prescripción, si, como consecuencia de la demora judicial en dictar sentencia, el proceso estuvo efectivamente paralizado durante el tiempo que la Ley señala para entender extinguida la responsabilidad penal del acusado, pues tal pronunciamiento no es medio de reparación adecuado de la lesión por dilaciones indebidas, dado que, como ha declarado este Tribunal en la sentencia 255/1988, de 21 de diciembre, antes citada, el derecho a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable es independiente del juego de la prescripción penal.

(Sentencia núm. 83/1989, de 10 de mayo. RA. 342/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Leguina Villa.)

Presunción de inocencia

Con arreglo a la doctrina de este Tribunal, elaborada en torno a la presunción de inocencia, cuya reiteración excusa de su concreta cita, el principio de libre valoración de la prueba es constitucionalmente válido y no cabe revisar en esta vía de amparo la ponderación que de la misma hayan llevado a cabo los órganos judiciales en el ejercicio de la propia jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución). Sin embargo, al haber sido elevada la presunción de inocencia por el artículo 24.2 de la Constitución al rango de derecho fundamental y, como tal, vinculante para todos los Poderes Públicos, su desvirtuación exige la existencia de una actividad probatoria, practicada normalmente en el juicio oral con las debidas garantías procesales, que contenga elementos incriminatorios respecto a la participación de los acusados en los hechos ilícitos enjuiciados. A este propósito, es preciso añadir también que la producción de las pruebas en el juicio oral y su libre valoración por el Tribunal de instancia no comportan en modo alguno que, orden a la formación de la convicción a la que se orienta dicha actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a los actos de investigación sumarial y, en concreto, a las declaraciones prestadas ante la policía y ante el Juez instructor con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal puede integrar el contenido de la auténtica actividad probatoria desarrollada en el juicio oral y, por lo mismo, puede fundarse en tales declaraciones la convicción de los órganos judiciales, siempre que se hayan reproducido en el plenario, no a través de la simple fórmula ritual al uso, sino en efectivas condiciones de inmediación, oralidad y publicidad, que permitan la contradicción y el debate sobre sus garantías y verosimilitud.

Asimismo, el Tribunal ha declarado también (SSTC 174/1985, 175/1985 y 229/1988) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, entendida como aquélla que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que no son los integrantes de la figura delictiva enjuiciada, pero de los que puede inferirse lógicamente la participación de los procesados en la conducta tipificada como delito. Para ello es necesario, sin embargo, que los indicios estén plenamente probados, no pudiendo tratarse de meras sospechas, y que

el órgano judicial haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, haya llegado a la conclusión de que los acusados realizaron la conducta delictiva. Exigencia esta última que, como declara la STC 299/1988, de 1 de diciembre, «deriva también el art. 120.3 de la Constitución, según el cual las sentencias habrán de ser siempre motivadas y del art. 24.1 de la misma, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría motivada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo».

(Sentencia núm. 197/1989, de 8 de junio. RA 687/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Ver sentencia núm. 94/1989, de 22 de mayo, sobre *Recurso de revisión*. Artículo 954 y siguientes LECr.

Ver sentencia núm. 135/89, de 19 de julio, sobre *Auto de procesamiento*. Artículo 384 LECr.

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad

Con el fin de ponderar adecuadamente la entidad de este reproche, es preciso recordar que el artículo 25.1 de la Constitución establece una garantía de orden material y alcance absoluto que se traduce en la ineludible exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, lo que significa que una sanción sólo podrá imponerse en los casos previstos y tipificados en normas prestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión y con observancia de los límites previstos por dichas normas.

(Sentencia núm. 136/89, de 19 de julio. RA 866 y 867/88. «BOE» de 10 de agosto de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Principio «non bis in idem»

El principio *non bis in idem* a que alude la segunda línea argumental de la demanda de amparo, aunque no consagrado constitucionalmente de forma expresa, está íntimamente vinculado, más que con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, invocado por los actores, con los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25 de la Constitución.

De acuerdo con la doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 1/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, de 14 de febrero y 94/1986, de 8 de julio, entre otras), la aplicación de dicho principio supone, en lo que ahora importa, que las autoridades de un mismo orden, a través de procedimientos distintos, no puedan sancionar repetidamente una misma conducta ilícita, por

entrañar esta duplicación de sanciones una inadmisble reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. De otro lado, el derecho de los ciudadanos a no ser sancionados sino en las condiciones establecidas por el artículo 25.1 de la Constitución implica también que los mismos hechos enjuiciados por distintos órganos del Estado no puedan existir y dejar de existir al mismo tiempo, pues a ello se oponen no sólo elementales exigencias lógicas, sino también el principio general de seguridad jurídica que el artículo 9.3 de la Constitución consagra (STC 77/1983, de 3 de octubre).

(Sentencia núm. 19/1989, de 8 de junio. RA 687/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 118

Reconocimiento de la condición de imputado. Efecto de una declaración prestada con incumplimiento de las garantías constitucionales

Es innegable que la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o una querrela (no, por cierto, de la simple interposición de una u otra), pero si eso es claro no lo es tanto su vinculación con «cualquier actual procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas» (art. 118, párrafo segundo LECr). Si, como acabamos de ver, no basta la interposición de denuncia o querrela contra persona determinada para convertirlo en imputado con el alcance del artículo 118, menos debe bastar con el mismo efecto la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada en cualquier diligencia, o, en concreto, por cualquier testigo. La fórmula del artículo 118.2 LECr, no puede ser entendida literalmente, sino que debe ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del Juez instructor, como en términos semejantes dijimos en el fundamento 3.º de la STC 37/1989. Es el titular del órgano instructor quien debe ponderar si la atribución, formulada por ejemplo por un testigo, de un hecho punible a persona cierta es «más o menos fundada» o por el contrario manifiestamente infundada. Es el instructor quien debe efectuar una provisional ponderación de aquella atribución, y sólo si él la considera verosímil o fundada de modo que nazca en él una sospecha contra persona determinada, deberá considerar a ésta como imputado, poner en su conocimiento la imputación y permitirle o proporcionarle la asistencia de Letrado. Este Tribunal Constitucional, que no puede conocer de los hechos (art. 44.1b LOTC), si puede, sin embargo, ponderar la valoración judicial, expresa o tácita, de los mismos, en orden al cumplimiento del derecho de defensa técnica del imputado *ex* artículo 118, porque de no ser así el derecho del artículo 24.2 CE en orden a la defensa y a la asistencia de Letrado quedaría en este supuesto exento de control en vía de amparo. No obstante, dado que es el Juez instructor y no este Tribunal quien tiene un contacto directo con aquellos mismos hechos y dado el carácter indiciario y no probatorio que puede resultar de las diligencias sumariales, es necesario reconocer al Juez instructor un razonable margen de apreciación

en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya un hecho punible en cualquier actuación sumarial. Pero también es preciso advertir que el órgano instructor no deberá retrasar el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente sospeche, ni podrá prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en calidad de testigo, quien a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo. El Instructor deberá evitar que alguien a su entender sospechoso declare en situación desventajosa; por el contrario, deberá considerarlo imputado con advertencia expresa de la imputación para permitir su autodefensa y deberá proveer a la asistencia técnica de Letrado, tan pronto como se otorgue credibilidad a la imputación de un hecho punible a persona cierta, evitando así, con una recta interpretación del artículo 24.2 de la Constitución («...todos tienen derecho ... a la defensa y a la asistencia de Letrado...») integrado en el artículo 118 LECr, situaciones lesivas del derecho fundamental citado y, de modo especial, autoincriminaciones del declarante que verosímelmente no se habrían producido si este hubiera estado oportunamente advertido de una imputación de la que una vez conocida podría autodefenderse de modo expreso o guardando silencio, o beneficiándose del consejo técnico de su Abogado.

Finalmente, y dentro de las consideraciones basadas en nuestras propias resoluciones, importa recordar que la invalidez de las declaraciones sumariales prestadas con incumplimiento de las garantías reconocidas al imputado en el artículo 118 de la LECr sólo trascenderán con efecto difusor a otros actos del procedimiento, cuando se produzca una efectiva indefensión del imputado por no ser su declaración irregular el único fundamento de su procesamiento.¹ Si no se da tal circunstancia, aquella irregularidad no debe trascender por sí sola hasta causar la nulidad del juicio y menos aún la anulación de la declaración indiciaria de criminalidad a la que se refiere el artículo 384 de la LECr, siempre que pueda decirse que el procesamiento se adoptó con abstracción de las manifestaciones del imputado en su declaración irregular, y que los correspondientes indicios racionales de criminalidad en que debe basarse todo Auto de procesamiento resultan de otros elementos o diligencias sumariales distintos de aquella declaración viciada y respecto de los cuales no se formule tacha de invalidez alguna. Así se desprende de numerosas sentencias y autos de este Tribunal pudiendo citarse entre aquéllas la 47/1986, en sus fundamentos jurídicos 1.º y 2.º; la 37/1989, fundamento jurídico 3.º; y la 66/1989, y entre los Autos el 215/1987 y el 234/1989, por citar sólo los más recientes.

(Sentencia núm. 135/89, de 19 de julio. RA 1273/89. «BOE» de 10 de agosto de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULOS 182 Y 11 LO 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE ENJUICIAMIENTO ORAL DE DELITOS DOLOSOS, MENOS GRAVES Y FLAGRANTES

Apelación contra sentencia: Emplazamiento personal

Ver sentencia núm. 112/89, de 19 de junio sobre *Derecho a ser informado de la acusación formulada*. Artículo 24.2.

ARTÍCULO 384

Auto de procesamiento. Presunción de inocencia

El auto de procesamiento supone el ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuida por el artículo 117.3 CE a los Tribunales penales, pues a ellos corresponde apreciar si existe algún indicio racional de criminalidad determinante de la resolución prevista en el artículo 384 LECr: apreciación que descansa necesariamente sobre una ponderación de los hechos y circunstancias concurrentes que no puede trasladarse al ámbito constitucional, por lo que únicamente en los casos en que la decisión aparezca notoriamente infundada por carecer de base fáctica o de indicios racionales de cargo o por estar apoyada en fundamentos arbitrarios puede suscitarse la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Como hemos dicho tantas veces que la frecuencia nos excusa de citar resoluciones concretas, ni se puede confundir un auto de procesamiento, que en sí mismo no encierra declaración de culpabilidad, con una sentencia condenatoria; ni la actividad probatoria de cargo exigible en el juicio oral para disipar la presunción de inocencia es trasladable a la fase sumarial, pues, salvo excepción, en el sumario no se practican pruebas. Ello no significa que la presunción de inocencia no pueda ser vulnerada en un auto de procesamiento, pues tal lesión podría producirse si el órgano judicial dictase su resolución de modo arbitrario, caprichoso o notoriamente infundado, pero siempre hay que tener en cuenta que, por las razones antes expuestas, al autor del Auto de procesamiento no se le puede exigir el mismo grado de certeza que al Juzgador que condena, si bien sí le es exigible que razone de dónde emanan los indicios de criminalidad.

Por consiguiente, este Tribunal no ha de valorar las diligencias sumariales y su contenido fáctico, sino que, tanto a propósito de la presunción de inocencia como de la prisión provisional, sólo ha de examinar en el caso presente si los autos impugnados se apoyan en unos hechos extraídos de las diligencias sumariales y si sobre ellos se razona de modo explícito y consistente la existencia de indicios racionales de criminalidad (art. 384 LECr) y de motivos bastantes para creer responsable criminal del delito a la persona contra la que se acuerda el procesamiento y la prisión (art. 503.3 LECr).

(Sentencia núm. 135/89, de 19 de julio, RA 1273/89. «BOE» de 10 de agosto de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 503

Auto de prisión. Presunción de inocencia

Ver sentencia núm. 135/89, de 19 de julio, sobre *Auto de procesamiento*. Artículo 384 LECr.

ARTÍCULO 529

Libertad provisional bajo fianza

El recurrente considera que el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas infringe el derecho a la libertad y seguridad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución, así como el de obedecer la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1, pues, a su juicio, las medidas cautelares adoptadas —libertad provisional con fianza, en un momento determinado, y libertad provisional con obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado, después— no tienen base legal, dado que el delito por el que puede ser condenado está castigado con pena de multa y la situación de rebeldía no es una de las circunstancias previstas en el artículo 503 de la LECr para poder decretar la prisión provisional.

Pero tampoco esta alegación puede servir como fundamento a la demanda de amparo, en base a las siguientes razones:

La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene determinada por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza (art. 529), debiendo el inculcado prestar obligación *apud acta* de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 530). Por ello, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, no puede deducirse, como hace el recurrente, que la libertad provisional sólo puede adoptarse cuando concurren los requisitos para adoptar la prisión provisional, ya que en el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dicha medida cautelar es intermedia entre la prisión y la libertad, y tiene por ello sus propios presupuestos, que son los previstos en el artículo 529, distintos de los de la prisión provisional.

Como este Tribunal ha declarado en la STC 66/1989, de 17 de abril, la inconstitucionalidad declarada en la STC 160/1986, de 16 de diciembre, respecto de la previsión de sanciones penales privativas de libertad en la Ley 40/1979 para los delitos monetarios, «no impide que los órganos judiciales puedan adoptar medidas cautelares legalmente previstas en orden a asegurar la comparecencia a juicio de los procesados» (fundamento jurídico 5.º). En el presente caso, la adopción y mantenimiento de la medida cautelar de libertad provisional bajo fianza (en concreto el mantenimiento de la fianza para la continuación en libertad provisional del recurrente) durante determinado período de la instrucción de la causa, ha sido considerada necesaria para los órganos judiciales para asegurar la disponibilidad del hoy recurrente ante el Juez o Tribunal, dado que el recurrente había estado durante cierto tiempo en situación de rebeldía y, por tanto, sin sujeción personal al procedimiento, y así lo ponen de manifiesto las resoluciones judiciales dictadas a tal fin, ahora impugnadas en vía de amparo.

Aunque para la resolución del presente recurso no es preciso cuestionarse si es posible decretar la prisión provisional para los delitos castigados con penas no privativas de libertad, como ocurre en el caso que nos ocupa (entre otras

razones, porque el Ministerio Fiscal, en libertad provisional sin fianza), cabe precisar que la interpretación que tanto el Juzgado Central de Instrucción como la Audiencia Nacional han hecho del artículo 503 de la LECr, en modo alguno puede considerarse infundada, teniendo en cuenta que la finalidad de todas las medidas cautelares es asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la posterior presencia del mismo en juicio, y que el citado precepto permite que el Juez decrete la prisión provisional cuando el delito tenga señalada pena de prisión menor «o inferior», lo que permite incluir a las penas pecuniarias.

Por último, como razona el Fiscal en su escrito de alegaciones, la situación procesal del recurrente ha variado sustancialmente durante la tramitación del presente recurso de amparo, puesto que el Juzgado instructor ha declarado, en auto de 23 de septiembre de 1987, la libertad provisional sin fianza del recurrente, por lo que es obvio que una de las pretensiones del recurso de amparo ha sido concedida, al menos implícitamente, por el propio órgano judicial.

De lo expuesto se deduce, como consecuencia de la medida cautelar por el recurrente de amparo, como consecuencia de la medida cautelar de libertad provisional, no es contraria al artículo 17.1 de la Constitución, pues la misma ha sido adoptada en los casos y en la forma previstos en el ordenamiento procesal, en resoluciones debidamente motivadas y fundadas.

(Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo. RA 1139/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 530

Comparecencia apud acta

Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo, sobre *Derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional*. Artículo 19 CE.

ARTÍCULO 649 Y 651

Conclusiones provisionales. Traslado de la causa a las partes

Ver sentencia núm. 101/89, de 25 de junio sobre *Principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso público con todas las garantías legales*.

ARTÍCULO 732

Conclusiones definitivas

Ver sentencia núm. 91/1989, de 16 de mayo sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Incongruencia*. Artículo 24.1 CE.

ARTÍCULO 954 A 961

Recurso de revisión. Promoción y legitimación. Derecho a la tutela judicial efectiva. Declaración autoinculpatoria ante Notario

Es cierto al respecto que el escrito de demanda no delimita debidamente al titular de la resolución que presuntamente impidió al recurrente obtener la tutela judicial efectiva que reivindica. Para aclarar esta cuestión bastará recordar la postura sentada en nuestra STC 124/1984, de 18 de diciembre, y reiterada entre otras resoluciones, en el ATC 178/1987, que distingue, con arreglo a la LECr, entre promoción del recurso de revisión y legitimación para interponer el citado recurso. La legitimación para interponer ante el Tribunal Supremo dicho remedio extraordinario corresponde al Ministerio Fiscal, por orden del Ministerio de Justicia (art. 956 LECr) o por iniciativa propia (art. 957 LECr); a los particulares contemplados en el artículo 955 de la mentada Ley, sólo se les reconoce la posibilidad de instar ante el Ministerio de Justicia la apertura del expediente de planteamiento de la revisión, que desempeña un papel parecido al de un trámite de admisión. Nada impide, por otro lado, que el particular interesado se dirija directamente a la Fiscalía General del Estado para que, sirviéndose este órgano de la noticia que le suministre dicho particular, plantee ante el Tribunal Supremo el correspondiente recurso de revisión.

Superado el obstáculo que suponía la indeterminación procesal del órgano emisor de la resolución cuestionada constitucionalmente, es preciso acto seguido establecer si asiste razón al recurrente en su demanda, es decir, si se le ha privado del derecho a la tutela judicial efectiva por no permitírsele el acceso a la jurisdicción de forma que ésta analizara si realmente, a la vista de la prueba presentada, procedía la revisión de su condena.

Para dilucidar este extremo han de abordarse dos cuestiones: por un lado, la de si es posible atribuir a un órgano no judicial una lesión en el derecho a la tutela judicial efectiva, y, por otro, de admitirse la posibilidad enunciada, la de la medida en que ha podido quebrarse en este caso el derecho en cuestión, si tal quiebra ha existido.

En lo tocante a la primera cuestión, no resulta descartable, según se ha dicho por este Tribunal, la existencia de impedimentos a la obtención de una resolución judicial de fondo (objeto que constituye de ordinario el contenido de la tutela judicial efectiva: Entre otras muchas, la reciente STC 222/1988, fundamento jurídico 2.º), cuando la pretensión del justiciable se ve rechazada *a limine* por un motivo legal de inadmisión o de procedibilidad cuya determinación no corresponde, como sucede de ordinario, a los órganos judiciales, sino a otros órganos públicos de naturaleza y funciones diversas de la jurisdiccionalidad como en el presente caso el Ministerio de Justicia; pues la peculiar organización de algunos supuestos en lo que respecta al acceso a la jurisdicción no supone en sí misma una limitación exorbitante.

Para lo que aquí interesa, es decir, en el recurso de revisión penal, en cuyo planteamiento concurren dos valores jurídicos relativamente antitéticos, pero fundamentales, a saber, la justicia y la seguridad jurídica (arts. 1.1 y 9.3 de la Constitución), no resulta inadecuado para la sustanciación del mismo que en su fase de promoción o de interposición se disponga por la Ley de un tamiz institucional,

no judicial, que haga las veces de fase de admisión, como se señala en la citada STC 124/1984 (fundamentos 2.º y 6.º), para evitar su utilización indebida. Ello no significa que, como señalábamos ya en esa misma resolución, en su fundamento jurídico 7.º, la regulación actual satisfaga debidamente las aspiraciones de justicia y seguridad jurídica, por cuanto «la Constitución postula un nuevo sistema regulador del recurso de revisión penal, que corrija las insuficiencias del actual, legitimado al interesado para su interposición».

Dado, según lo que acabamos de ver, que un organismo no judicial puede, en determinados supuestos, lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, debe analizarse ahora si tal lesión se ha producido realmente en el presente caso. Resultando obvio, como también se decía en la misma STC 124/1984 (fundamento jurídico 8), que no puede este Tribunal «autorizar sin más el acceso directo» al recurso de revisión penal en cuestión, lo cual sería una manera de crearlo sin tener competencia para ello, resulta serlo también que entra en la competencia de este Tribunal enjuiciar una eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cometida con ocasión de la aplicación del vigente régimen de la revisión penal, y ello con tanto rigor cuanto el acto que impidió al interesado acceder al recurso no emana precisamente de un órgano judicial. Tal enjuiciamiento ha de basarse en «examinar si las razones de la negativa (del Fiscal General del Estado) a interponer el recurso de revisión son o no arbitrarias», como señaló en el ATC 113/1987, de 4 de febrero (fundamento jurídico único). Para ello ha de partirse del análisis del informe de la Fiscalía General del Estado que el Ministerio de Justicia hace suyo.

Este primer análisis evidencia, en primer lugar, que dos de las objeciones que formula resultan claramente hechas a mayor abundamiento, por lo que no requieren una respuesta expresa. De un lado, el funcionario del Ministerio Fiscal informante en el expediente abierto en la Fiscalía General del Estado reconoce que la falta de acompañamiento de una copia de la Sentencia impugnada (aun en el caso de que fuere un requisito legal) podía ser fácilmente subsanable. De otro, en cuanto a la problemática de si es extensible la revisión a los juicios de faltas, no es preciso terciar aquí en la controversia, por cuanto lo relevante, en el presente recurso, es en todo caso el valor atribuible al hecho nuevo alegado por el demandante.

La consideración de este hecho nuevo invocado obliga, en efecto, a poner de manifiesto que los órganos públicos que se interponen en el procedimiento extraordinario de la revisión penal han opuesto a la pretensión del recurrente una razón de fondo sustancial. Se trata de que una declaración autoinculpatoria producida al margen y con posterioridad a un proceso penal no es causa bastante para poner en tela de juicio ni siquiera indiciariamente la incorrección material de una resolución judicial dotada de la fuerza de cosa juzgada. Admitir lo contrario supondría atribuir a un hecho extraprocesal valor enervante de la seguridad jurídica que genera el documento público más solemne que existe en nuestro ordenamiento, cual es una sentencia judicial declarada firme.

Para que en el caso de autos la declaración autoinculpatoria hubiera podido tener visos de seriedad suficientes para mover a los órganos cometentes a entablar la acción revisora, ya que tiene que surtir claros efectos penales, debería haberse hecho ante la autoridad judicial para que ésta realizada las diligencias que en Derecho procedieran; o se tendría que haber formulado denuncia contra el que,

según el recurrente en este proceso de amparo constitucional, es el conspirador y urdidor de toda la trama en su contra. Dado, en suma, que la declaración presentada por éste carece de las garantías necesarias, por haberse efectuado fuera del ámbito judicial, no puede acogerse la queja del recurrente.

(Sentencia núm. 92/1989, de 22 de mayo. RA 776/87. «BOE» de 14 de junio de 1989.—Ponente: Antonio Truyol Serra.

Recurso de revisión. Promoción y legitimación. Derecho a la tutela judicial efectiva. Presunción de inocencia

Es cierto que, en principio, la vulneración de este derecho sólo puede proceder de actos de los órganos judiciales, que es a quienes compete dispensar la tutela judicial, pero también lo es que ello no impide concebir la existencia de impedimentos a la obtención de una resolución judicial de fondo procedentes de otros órganos públicos de naturaleza y funciones diversas de la jurisdiccional y así lo ha declarado este Tribunal en lo que aquí interesa, en relación con el Ministerio de Justicia, que es a quien, en definitiva, corresponde decidir sobre la procedencia de interponer el recurso de revisión penal —SSTC 7/1981 y 124/1984, ya citadas.

Sentado lo anterior, y a pesar de las insuficiencias que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, presente su regulación legal, el recurso de revisión de Sentencias penales firmes ha sido considerado compatible con el artículo 24.1 de la Constitución por estas últimas sentencias, en razón a que se trata de un cauce procesal, históricamente asociado al derecho de gracia y a la rehabilitación del inocente, que la Ley somete a estrictas condiciones de interposición al objeto de lograr el necesario equilibrio entre la seguridad jurídica que reclama el respeto a la cosa juzgada y la exigencia de la justicia en que no se mantengan sentencias condenatorias de quienes resulten posteriormente acreditado que fueron indebidamente condenados.

En este propósito de equilibrar dichos valores esenciales del ordenamiento jurídico encuentra justificación constitucional la atribución exclusiva de la legitimación activa al Fiscal de Justicia, y la promoción de la misma al interesado, cuyo acceso directo al recurso de revisión no puede autorizar el Tribunal Constitucional en cuanto constituiría un nuevo régimen legal del recurso que invadiría las competencias del legislador, no pudiendo tampoco, en principio, imponer al Ministerio de Justicia que ordene al Fiscal General del Estado la interposición del recurso, pues la solicitud de cualquiera de las personas que señala el artículo 955 de la LECr no tiene fuerza vinculante, sino que su acogimiento depende de que tenga fundamento suficiente que justifique la interposición pretendida.

Ello no impide, sin embargo, tener presente que el enjuiciamiento del derecho a la tutela judicial debe siempre realizarse de acuerdo con el criterio de la razonabilidad, el cual hay que aplicar, con mayor rigor, cuando el acto que impide al interesado acceder a los recursos establecidos por las leyes emana, o del órgano judicial, sino de un poder público que carece de tal condición, como es el Ministerio de Justicia, y, en virtud de ello, la anterior doctrina no puede aplicarse de manera tan rígida y automática que conduzca a negar la competencia que, en defensa del indicado derecho fundamental, corresponde a este Tribunal para

examinar si las razones de la negativa a interponer el recurso de revisión son irrazonables, infundadas o arbitrarias, pues en tal caso podría existir vulneración del derecho.

Todo lo expuesto sintetiza la doctrina constitucional establecida sobre el recurso de revisión en relación con el derecho a la tutela judicial, pero ocurre que el demandante formula su pretensión de amparo con invocación, no de este derecho, sino de la presunción de inocencia protegida por el artículo 24.2 de la Constitución y ello nos obliga a determinar si la configuración legal de ese recurso de revisión, en los términos que se dejan razonados, puede tener incidencia en dicha presunción y, caso afirmativo, si la doctrina referida es trasladable a esta distinta perspectiva constitucional.

A tal fin, debemos partir de la idea inicial de que el recurso de revisión penal, según declara la STC 124/1984, constituye un esencial imperativo de la justicia, contemplada en el artículo 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho, al cual se vincula estrechamente la dignidad humana y la presunción de inocencia y, desde esta vinculación, no cabe dudar que la presunción de inocencia sufre vulneración no sólo cuando se condena sin pruebas idóneas que permitan tenerla por desvirtuada, sino también cuando nuevos hechos o nuevos elementos de juicio evidencian la inocencia del que ha sido condenado con base en pruebas que, en virtud de ellos, resultan posteriormente ser fundamento erróneo o falso de la declaración de culpabilidad.

En consecuencia, es obligado entender que, interpuesto recurso de revisión, se vulneraría el derecho a la presunción de inocencia si el Tribunal lo desestimara de manera irrazonable, a pesar de que en él se acreditara, de manera indubitada, la inocencia del condenado; más dificultad existe para mantener este mismo criterio en relación con la negativa del Ministerio de Justicia a interponer el recurso, pues, en principio, la presunción de inocencia sólo puede ser directamente vulnerada en el orden penal por sentencias condenatorias dictadas por los órganos judiciales en quienes reside la potestad jurisdiccional, y es obvio que ni el Ministerio de Justicia ni el Fiscal General del Estado ostentan tal potestad.

Ello, sin embargo, no empece a que la negativa a interponer el recurso de revisión podría igualmente, aunque de manera indirecta, vulnerar el referido derecho fundamental, si esa negativa fuese arbitraria, ya que en tal caso se estaría dejando de emplear sin fundamento razonable los medios jurídicos que la Ley pone a disposición del Ministerio de Justicia o del Fiscal General para hacer efectivo el derecho constitucional del inocente a no sufrir o continuar sufriendo condena, derecho que dichas autoridades públicas tienen el deber de proteger en virtud de la eficacia vinculante que a los derechos fundamentales confiere el artículo 53.1 de la Constitución.

La aplicación de esta doctrina al supuesto debatido en este recurso conduce a su desestimación, puesto que para llegar a la conclusión de que la negativa a interponer el recurso de revisión no ha sido arbitraria basta con considerar que en modo alguno puede dudarse que constituye fundamento razonable para acordar dicha negativa la consideración de que la declaración prestada por el coautor de un delito, exculpando al que ha sido condenado en juicio anterior como coautor del mismo delito, no constituye nuevo hecho o nuevo elemento de prueba que «evidencia la inocencia de condenado», según exige el núm. 4 del art. 954 de la LECr, y ello deja reducidas las alegaciones del demandante

de amparo a simple discrepancia sobre la valoración de un elemento probatorio que carece de trascendencia constitucional, máxime si se considera que ni siquiera la actitud exculpatoria del condenado en el juicio posterior es un hecho nuevo en cuanto que fue la misma mantenida por este en la declaración indagatoria prestada en el sumario y conocida, por tanto, por el Tribunal que condenó al aquí demandante de amparo.

(Sentencia núm. 94/1989, de 22 de mayo. RA 1175/87. «BOE» de 14 de junio de 1989.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 977 Y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Citación. Apelación

En segundo término, singularmente en el ámbito penal, el principio acusatorio, el conocimiento de la imputación formulada y la interdicción de la condena sin la posibilidad de alegar contradictoriamente los argumentos pertinentes, y, en su caso, las pruebas de descargo ha de garantizarse, conforme al artículo 24.2 CE tanto en el juicio de primera instancia como en la apelación.

Consecuentemente, la citación, en la medida en que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, no constituye un mero requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales, sino que representa un instrumento ineludible para la observancia de las mencionadas garantías constitucionales del proceso, cuya efectividad ha de ser asegurada por el órgano judicial.

(Sentencia núm. 109/1989, de 8 de junio. RA 1164/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

III. CODIGO PENAL

ARTÍCULO 114

Prescripción de los delitos y faltas

En primer lugar, debe recordarse que el derecho a la tutela efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que haga explícita la razón por la que procede la aplicación de la norma, cualquiera que sea el sentido, favorable o adverso, de la decisión adoptada por el órgano judicial competente. En el caso que ahora nos ocupa, no hay duda de que la sentencia impugnada llegó a un fallo estimatorio de la apelación después de haber razonado en detalle la aplicación de la garantía que la inculpaado reconoce el artículo 113 del Código Penal, consistente en la prescripción de la falta por la paralización del proceso penal durante el plazo de dos meses, garantía cuya apreciación es de orden público

y de la que por lo mismo, no se puede privar cuando no consta que dicha paralización fuera imputable al mismo. También es claro que el hoy recurrente en amparo no ha sufrido indefensión ni, por tanto, falta de tutela judicial por el hecho de que el Juzgado de Distrito no proveyera expresamente al escrito que aquél presentó el día 2 de junio de 1986, solicitando de dicho Juzgado que procediera a dictar sentencia en el juicio de faltas «con mayor celeridad que humanamente le sea posible», toda vez que en la apelación sustentada ante el Juzgado de Instrucción pudo alegar cuando a sus derechos e intereses conviniera acerca de la eficacia que, en su opinión, debía darse a aquel escrito en orden a una posible interrupción del plazo de prescripción de la falta que dio origen al proceso penal.

En segundo término, debe recordarse también que este Tribunal ha señalado en repetidas ocasiones (SSTC 152/1987, de 2 de octubre, y 255/1988, de 21 de diciembre; AATC 944/1986, de 12 de noviembre, y 112/1987, de 4 de febrero) que el sentido y alcance que haya de darse a la prescripción, en cuanto causa extintiva de la responsabilidad penal, configura una cuestión de mera legalidad cuya apreciación corresponde a los órganos judiciales ordinarios, y sobre cuya procedencia no puede entrar este Tribunal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. A ello debemos añadir ahora que, en lo que concierne al caso de autos, la aplicación del instituto de la prescripción a la falta incriminada, conforme a lo dispuesto en el artículo 114 del Código Penal, no resulta tampoco ajena a la finalidad del citado instituto, consistente en una autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas en los supuestos típicos en que se produce una paralización de las actuaciones procesales por causas sólo imputables al órgano judicial, en cuyo caso, una vez transcurrido un determinado plazo, la Ley desapodera a dicho órgano judicial de su potestad de imposición de la correspondiente pena.

Finalmente, en contra de lo que sostiene el actor, tampoco puede entenderse que se haya producido una derogación del inciso del mencionado artículo 114 del Código Penal que determina que el plazo de prescripción de los delitos y faltas, interrumpido desde que el procedimiento se dirige contra el culpable, vuelve a correr desde el momento en que se paralice aquél, derogación que tendría su fundamento en la contradicción de esta última regla con el derecho que a todos reconoce el artículo 24.1 de la Constitución. Tal contradicción no existe, en efecto, puesto que este precepto constitucional reconoce ciertamente el derecho a la acción, y en concreto a la acción penal, pero no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi* a imponer sanciones penales con independencia de que concurra o no en cada caso alguna causa de extinción de la responsabilidad, ni implica, en fin, que la paralización procesal imputable al órgano judicial haya de ser irrelevante a tal efecto.

(Sentencia núm. 83/1989, de 10 de mayo. RA. 342/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Leguina Villa.)

ARTÍCULO 570.5

Falta de respeto a la autoridad

El artículo objeto de condena, en un tono irónico, sale al paso de las críticas vertidas a la presunta conducta de un Juez, estimando que existen otras conductas o prácticas que ponen más en peligro la seriedad de la justicia. Ni se hace referencia a hechos concretos, ni tampoco a personas individualmente consideradas, ni además las conductas que se critican pueden estimarse como «deshonrosas». Tampoco ha de olvidarse que en el contexto de asuntos de relevancia pública, como es el correcto funcionamiento de la justicia «es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que le dispense el legislador, pero ... en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública» (STC 107/1988). Este contenido más débil no significa, claro está, ausencia de contenido, ni, por consiguiente, arroja dudas sobre la constitucionalidad del precepto penal aquí aplicado. Si entraña, sin embargo, la necesidad de que en la aplicación se deje un amplio espacio a la libertad de expresión, un espacio que no ha sido traspasado por el artículo periodístico que ha dado lugar a la condena impugnada en el presente recurso de amparo.

En el presente caso el órgano ha aplicado el artículo 570 del Código Penal en una interpretación que no ha tenido en cuenta la relevancia del derecho fundamental afectado y recurriendo, más allá de los términos literales del precepto, a una jurisprudencia del Tribunal Supremo muy anterior a la Constitución y en un contexto en el que la libertad de expresión no podía haber sido objeto de consideración. Ello demuestra que el órgano judicial al interpretar el artículo 570 del Código Penal no ha tenido en cuenta ni ha tratado de proteger el ejercicio de la libertad de expresión, cuya consideración debería haber llevado a eximir de responsabilidad penal al recurrente en amparo y a confirmar la sentencia apelada que admite la inexistencia de una intención de injuria o de menosprecio en el ejercicio legítimo del derecho a la crítica del funcionamiento de las instituciones públicas.

(Sentencia núm. 121/89, de 3 de julio. RA 1628/87. «BOE» de 24 de julio de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Ver la referencia al artículo 20.1 a CE, de esta misma sentencia.

IV. OTRAS LEYES

LEY ORGANICA 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE

ARTÍCULO 2.2

*Función instructora. Incompatibilidad con función juzgadora.
Causa de abstención y recusación*

Ver sentencia núm. 106/1989, de 8 de junio sobre *Derecho al Juez imparcial*.
Artículo 24.2 CE.

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 242.1

Nulidad: Efectos

Ver sentencia núm. 91/1989, de 16 de mayo sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Incongruencia*. Artículo 24.1 CE.

ARTÍCULO 293.2

Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia

Al respecto es preciso hacer una doble consideración. En un lado, como antes quedó dicho, el derecho a ser indemnizado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, reconocido en el artículo 121 de la Constitución, no ha sido configurado como un derecho fundamental ni supone, como estiman los recurrentes, una concreción, sin más, del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas. Es cierto que la dilación indebida constituye, de acuerdo con una doctrina casi unánime, el supuesto típico de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y que la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones genera, por mandato de la Constitución, cuando no pueda ser remedida de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce (STC 36/1984, antes citada), pero ello no significa, por el contrario, que el mero hecho de formular una pretensión indemnizatoria al amparo de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución, como hicieron los hoy recurrentes, suponga y configure, por sí solo, y sin necesidad de ser apreciada previamente, la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución.

Ha de considerarse que, efectivamente, los derechos recogidos en el artículo 24 de la Constitución protegían al señor Hurtado desde la entrada en vigor del Texto fundamental, el 29 de diciembre de 1978; y resulta claro que desde esta fecha, hasta más de tres años después, se dilató el curso del procedimiento, iniciado ya en 1968, en que el señor Hurtado aparecía como procesado.

La aplicación del mandato constitucional del artículo 121 y la tutela efectiva del derecho en él reconocido supone la necesidad de efectuar la interpretación de las normas vigentes que (dentro del respeto a su propio sentido, y de los límites de razonabilidad) resulte más favorable a la realización de las previsiones constitucionales. En el presente caso, la mera confirmación de la Resolución administrativa previa (fundada en la inexistencia de vía adecuada para la reclamación derivada del artículo 121 CE) por el Tribunal Supremo presentaba dejar sin medios procesales al recurrente para hacer valer su derecho a una indemnización. Pero en una razonable interpretación de la normativa vigente en el momento de dictarse la sentencia que se recurre, cabía estimar que la entrada en vigor de la LOPJ proporcionaba, en su artículo 293.2, una vía específica para deducir la pretensión indemnizatoria frente al anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, dentro del plazo previsto en el artículo citado: y, como señala el Ministerio Fiscal, en este sentido se orientó la posterior sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1987, en una cuestión relativa a pretensión indemnizatoria por error judicial. En consecuencia, una vez conocido el procedimiento creado *ex novo*, y adecuado para la formulación de la pretensión indemnizatoria y en orden a prestar la efectiva tutela judicial del derecho reconocido en el artículo 121 CE, no era procedente la simple confirmación de la denegación administrativa previa, sino la remisión a ese procedimiento regulado en la LOPJ para que se resolviese sobre el fondo de lo planteado salvaguardando el plazo señalado en el artículo 293.2 LOPJ, por cuanto la pretensión indemnizatoria se encontraba ya formulada, y pendiente de resolución al entrar en vigor la LOPJ. Al no hacerlo así el Tribunal Supremo, ha de convenirse con el Ministerio Fiscal en que no se llevó a cabo la tutela judicial efectiva del derecho del recurrente, que hubiera exigido reconocer a éste la posibilidad de acogerse al procedimiento previsto en el artículo 293.2 LOPJ.

(Sentencia 128/1989, de 17 de julio. RA. 816/87. «BOE» de 9 de agosto de 1989.—Luis López Guerra.)

Ver sentencia núm. 83/1989, de 10 de mayo, sobre *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Artículo 24.2 CE.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.
Abogado del Estado

ARTICULOS 6 BIS A) y 8.4.ª EL ERROR EN LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

(STS de 10 de mayo de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)

Quinto. Advenida la reforma de 1983 y con ella el artículo 6 bis a), se ha entendido por la doctrina que sus dos primeros párrafos aluden sin nombrarlo al error de tipo y el párrafo tercero, también sin designarlo, se refiere al error de prohibición. Este es también parecer de la jurisprudencia dictada con posterioridad a la reforma sin ignorar las diversas interpretaciones que se dan a las dos especies de error, dado que la posición dogmática que se adopte al respecto será consecuencia de una más amplia toma de posición sobre la distinción entre el dolo llamado natural o acromático, esto es sin valoración, propio del tipo y el dolus malus, equivalente a la conciencia de la antijuricidad, e integrado en la culpabilidad. Tal sistema trae como consecuencia que el error sobre el tipo, deja subsistente la culpa si es vencible. En tanto que el error de prohibición si es vencible sólo admite una atenuación del dolo (véase sentencia de 1 de febrero de 1986).

El problema se complica si el error recae sobre los presupuestos fácticos u objetivos de toda justificante, como la legítima defensa, lo que tiene su importancia en la praxis, donde los supuestos más frecuentes, así en el caso de autos, versan sobre la existencia de una agresión ilegítima imaginaria y no real. Tal supuesto fáctico es esencial en la eximente. Si por su índole fáctica se entiende que el error sobre el mismo es de tipo, la consecuencia es que cabe la reacción defensiva contra el que creyéndose atacado agrede. Como así mismo cabrá la exigencia de responsabilidad y no de justificación. Pero si se estima que es error de prohibición actuará como causa de justificación y no admitirá ni la legítima defensa ni la responsabilidad civil contra el supuesto defensor, en realidad agresor. Por lo mismo, la dogmática más reciente trata de encuadrar la admisión errónea de una agresión ilegítima como si fuera error de tipo. Con ello, se quiere acordar dogmática y política criminal, sin violentar el texto del artículo 6 bis a).

Recientes declaraciones de esta Sala se muestran, en línea con esta última doctrina, de modo que, al recaer el error sobre elementos negativos de la infracción penal, aquél se debe encuadrar en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a) del Código Penal y, si el error es vencible, el hecho habrá de ser castigado como culposo (sentencias de 2 de noviembre y 1 de diciembre de 1987).

ARTICULO 8.4.ª LEGITIMA DEFENSA. DOCTRINA GENERAL. FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE

(STS de 6 de junio de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Cuarto. Con todo, y pese a centrarse esta impugnación en el repetido condicionamiento 3.º del artículo 8 del Código Penal, la gravedad objetiva de los hechos y la redacción poco feliz con que la Audiencia se ocupa del requisito 2.º, aconsejan extender el examen de la legítima defensa, y hacerlo siguiendo el orden de sus tres exigencias legales. Así, procede subrayar que disparar un revolver contra una persona, a dos o tres metros de distancia, incrustando el proyectil en la pared ante la que aquel se encuentra, a sólo cincuenta y ocho centímetros del mismo, y manteniendo el actor la posesión del arma en condiciones de continuar y completar el ataque, constituye inequívoco ejemplo de agresión ilegítima, elemento éste fundamental y básico en toda legítima defensa, sea como exigente completa, sea como incompleta, y ello porque se trata de una acometida real y grave, que pone en peligro inminente —y persistente— el bien jurídico más relevante, es decir, esa vida humana que, aparte de ser decisivo valor propio, opera como sustrato indispensable de todos los demás, sin que, por otra parte, las condiciones en que tal actuación se encuadra aputen siquiera hacia su consideración como comportamiento adecuado a derecho, supuesto éste en el que decaería la exigida adjetivación de ilegitimidad.

Quinto. Por lo que atañe al requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, el juzgador ha de pronunciarse con una objetividad que, si de un lado rechaza los supuestos puramente subjetivos, más acordes con las causas de exculpación que con las de justificación, debe responder, de otro, a las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana. De ahí que, aun sin desviar el discurso hacia manifestación alguna de legítima defensa putativa, y sin acoger tampoco el pensamiento jurídico anglosajón, en el que los conceptos continentales de justificación y culpabilidad se solapan hasta llegar a confundirse, hayan de evitarse posiciones exegéticas en las que el juzgador procede a examinar, desde la lejana e irreal perspectiva que su particular torre de marfil puede depararle, y con fríos criterios de distante entomólogo, un acaecer vivir en el que las personas arriesgan su propia existencia. Dicho lo anterior, la plena concurrencia de este segundo requisito de la legítima defensa en el caso de autos resulta evidente. Según la ocasión demandaba, el ahora recurrente reaccionó de inmediato, con un disparo de revólver, contra una persona que acababa de dispararle con un arma similar, arrebatada al otro policía presente en el interrogatorio, y que previsiblemente seguiría haciendo fuego. No cabe en esas condiciones pedir, para salvaguardar aquella necesidad racional del medio

defensivo empleado, que quien teme fundadamente por su vida —recuérdese que el adversario se encuentra a dos o tres metros de distancia y su primer disparo sólo ha errado el blanco por medio metro aproximadamente— recapacite sobre la elección de una zona del cuerpo o de las extremidades del agresor que, marginando el riesgo de un desenlace moral, fuera fácilmente alcanzable y garantizara a la vez el fin definitivo del ataque. Presupuesta una agresión ilegítima con las características de la descrita, la repetida respuesta fue correcta y proporcionada o, si se prefiere, merece la consideración de único medio idóneo para proteger con eficacia una vida tan gravemente amenazada, sin que a quien así actúa —ejerciendo, amén de un derecho, un deber primario de conservación— tenga que aceptar matizaciones o insuficiencias definitivas que hubieran podido significar su muerte, porque la simple lesión del agresor ilegítimo no hubiera bastado para conjurar la probabilidad de que aquel prosiguiera su ataque con más éxito y mejor puntería.

Sexto. El requisito tercero de la legítima defensa se formula negativamente y consiste en la «falta de provocación suficiente por parte del defensor», expresión ésta que procede del Código Penal de 1848, si bien hasta 1944 la referencia final tuviera distinta redacción («por parte del que se defiende»). Se trata de una previsión cuya difícil exégesis quizá explique se haya prescindido de la misma en algunos textos, como el Código Penal de la República Federal de Alemania (art. 32) y el Código Penal tipo latinoamericano (art. 16), habiendo sido también considerada como una manifestación del «versari in re illicita», precisada por ello de una interpretación restrictiva. Ni nuestro Código define la provocación, ni parece oportuno buscar su sentido en el párrafo tercero de su artículo 4.º, que referido, como el artículo 3, al «iter criminis» de los delitos dolosos, ha de exigir necesariamente que la incitación a la perpetración sea voluntaria; y así la doctrina concentra sus esfuerzos en la búsqueda de un concepto equidistante entre el entendimiento de esa provocación desde la perspectiva de la mera causalidad en línea con la equivalencia de condiciones, y la agresión ilegítima por parte del provocador, pues, si la primera solución amenaza con vaciar de contenido la exigente, obligando a soportar cualquier reacción del provocado (por desproporcionada que fuera), la identificación de tal provocación con una agresión ilegítima puede hacer superfluo este tercer requisito, ya que el provocado actuaría en legítima defensa, con lo que la ulterior conducta del provocador —ahora agredido— quedaría huérfana de la exigencia previa de esta exigente, es decir, el carácter ilegítimo del ataque contra el que se dirige la defensa enjuiciada, a salvo la corriente doctrinal que sigue distinguiendo entre acción antijurídica y agresión ilegítima propiamente dicha, o sea acción voluntaria encaminada a la lesión del bien jurídico del contrario.

Séptimo. No sólo discuten los autores sobre las diferencias entre agresión y provocación —conectando a veces ésta última con la vieja atenuante 5.ª del artículo 9 del Código Penal, desaparecida en la reforma de 25 de junio de 1983— sino también sobre las condiciones de la propia provocación que si para algunos ha de ser intencional, para otros basta con que, supuesta su antijuridicidad, sea culpable, no faltando tampoco quienes —de manera harto más discutible— prescinden incluso de la ilicitud, adoptando un criterio que, con eco, por ejemplo, en la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1983, parece entender la repetida provocación como simple estímulo valorable esencialmente desde la pers-

pectiva y circunstancias personales del que lo recibe, con el riesgo, cabe añadir, de que semejante interpretación prive a la eximente de ese claro apoyo político social a cuyo tenor la posición del provocador —eso sí, en atención a la entidad misma de la provocación— se diferencia fundamentalmente de la del no provocador, con la inevitable repercusión en cuanto a su derecho a una reacción defensiva.

Octavo. Aunque la problemática general planteada por el requisito tercero de la eximente 4.^a del artículo 8 del nuevo Código Penal es, según se ha visto, muy compleja, la adjetivación de la provocación como «suficiente» permite llegar a las siguientes conclusiones:

1.^a La exégesis de la provocación como antecedente causal puede y debe matizarse —de ser seguida— conforme a la doctrina de la causalidad adecuada (sentencias de 26 de junio y 4 de diciembre de 1978, 2 de octubre de 1979, 15 de noviembre de 1982, 30 de septiembre de 1983 y 9 de diciembre de 1983), y tal consideración no parece tampoco extemporánea si dicha teoría se entendiera como perteneciente más bien a la responsabilidad o a la causalidad jurídico-penalmente relevante, sin que en ningún caso —ya en el extremo opuesto— la provocación admita equiparación con el mero «dar motivo u ocasión» (sentencia de 14 de diciembre de 1912).

2.^a La adecuación de la provocación conecta con la previsibilidad, de modo que, atendido el orden normal de las cosas, produzca, excite o influya en una agresión que, si bien ilegítima, carezca de una mínima cobertura culpabilista —con el telón de fondo de la no exigibilidad de una conducta distinta—, y consecuentemente la reacción defensiva pierda lo que los tratadistas italianos denominan legitimidad en la causa (véase «a sensu contrario» la sentencia de 28 de septiembre de 1944).

3.^a La suerte corrida por la legítima defensa es en sí independiente de las sanciones administrativas o penales que la previa conducta del luego agredido pueda merecer.

4.^a La falta de proporción entre la respuesta agresora y la provocación inicial impide apreciar en ésta aquella suficiencia, de modo que en tal supuesto el provocador se halla en condiciones de contestar dentro del marco de la legítima defensa y en consonancia con el ordenamiento jurídico (sentencias de 20 de febrero de 1883, 21 de febrero de 1903, y las ya citadas de 26 de junio y 4 de diciembre de 1978, y 2 de octubre de 1979, en combinación con el aludido criterio de la causalidad adecuada).

Noveno. Igualmente ligadas con nuestro derecho positivo e indispensables para la ulterior consideración del particular caso de autos son otras observaciones, quizá más pacíficas, que a continuación se indican:

1.^a La vía casacional del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige el mayor respeto a los hechos probados, sin aditamentos o presunciones contra el reo, antes al contrario, repercutiendo en su favor cuantas lagunas, dudas, alternativas, y aún contradicciones contenga el relato fáctico.

2.^a El Tribunal de casación no puede apartarse de aquella exigencia pretextando razones de una pretendida justicia maternal, primero, porque el Poder Judicial ha de mantenerse en los límites fijados por el Letrado legislativo, segundo, porque en este recurso, más que personas, se juzgan sentencias, y ello dentro de las coordenadas de tan extraordinario remedio impugnativo, y tercero, porque todo cambio en la narración implica, amén de una segunda valoración probatoria

conjunta —ajena, como se ha dicho, al presente recurso—, correr con el riesgo de la ausencia de intermediación.

3.^a El cuestionado requisito de la legítima defensa no es la falta de provocación, de manea que cualquier grado de la ésta impidiera apreciar la exigente (o, al menos, la convierta en incompleta), sino la falta de provocación «suficiente, y así, el correspondiente condicionamiento negativo se da en tanto no concurren —además del sustantivo— la repetida adjetivación, lo que significa que la provocación insuficiente coincide con la carencia misma de toda provocación en su inoperancia a los efectos de la exigencia ahora examinada, y en definitiva —y por lo que hace a éste requisito— sólo su incumplimiento puro y simple en los términos legalmente previstos lleva al número 1.º del artículo 9.

4.^a El contenido negativo de la condición y el carácter excepcional de la misma refuerzan su sometimiento a una interpretación restrictiva, o si se prefiere, favorable a la inexistencia de esa incitación bastante hacia la agresión.

Décimo. Trasladando los anteriores razonamientos el caso aquí examinado, la opción por la exigente completa de legítima defensa o por la incompleta depende de que se advierta o no la concurrencia de una provocación suficiente para lo que en términos objetivos se nos revela como un intento de homicidio. A este respecto, los hechos probados recogen que el luego fallecido, M. J. D. S., llegó hacia 11 horas a la Comisaría de T., como detenido y en unión de otra persona, sospechosa como él de haber cometido un robo, solicitándose hacia las 3 horas la presencia de un Abogado cuya demora retrasó las declaraciones hasta las 6 de la tarde, diligencias éstas en las que el repetido M. J. D. S. negó —a diferencia del segundo interrogado— toda participación en dicho delito, de mane- ra que hacia las 7,15, cuando el Letrado había abandonado las dependencias policiales, los dos agentes enviaron al otro detenido al Depósito Municipal, pero diciendo que el inconfeso pasaría la noche en la Comisaría, trasladándose ellos a un bar próximo donde ingirieron una medio «whisky», tras lo cual y como se lee en la narración «sobre las 21 horas regresaron a Comisaría, haciendo pasar al procesado M. J. D. S. a la oficina donde había prestado declaración, bajo el pretexto de que había interesado una entrevista privada, sin que conste que hubiera renunciado a su derecho de asistencia letrada, insinuándosele que podía aliviar su situación colaborando en el esclarecimiento de los hechos, facilitando datos que ayudaran a la investigación, por lo que el detenido se hallaba situado de pie cerca de la puerta, sin esposas, a una distancia de 2 ò 3 metros de una mesa que ocupaba el procesado y con un cajón abierto donde tenía su arma reglamentaria consistente en revolver de marca Astra, modelo Cadix, 38 Special de calibre, cargdo su tambor, que no precisa ser montada y carente de seguros; aún cuando persistió en su postura de inocencia fue perdiendo la serenidad que hasta entonces había tenido, comenzando a dar muestras visibles de nerviosismo, facilitando algunas confidencias sobre participación delictiva de otras personas, en la creencia que ello favorecería su condición, acentuándose cada vez más su nerviosismo y excitación y en este estado, en el que incluso llegó a llorar siendo aproximadamente las 21'50 horas, sintiéndose acorralado, al acercarse el Inspector señor M., a un archivador situado en el lugar que ocupaba, que vestía pantalón y camisa, portando de forma visible, su arma reglamentaria, de la misma marca y calibre que la del procesado, enfundada en vaina sin cierre colocada en el costado izquierdo, lo empujó y desarmó haciéndole caer sobre un sillón

cercano, verificando un disparo que impactó en la pared posterior de la mesa que ocupaba el procesado incrustándole el proyectil a 85 centímetros de altura y a unos 58 centímetros a la izquierda del procesado, quien inmediatamente tomó su revolver e hizo un disparo que alcanzó a M. J. n el tercio externo de ceja izquierda, en sentido de izquierdas a derecha y ligeramente sesgado en trayectoria de arriba a abajo, que le produjo hemorragia cerebral determinante de su muerte», añadiéndose que «su cuerpo presentaba diversas erosiones, equimosis y petequias muy superficiales en regiones mamarias, costal inferior derecho e hipocondrio, sin que haya podido determinarse la causa de las mismas».

Undécimo. Así las cosas, no constando que los policías fueran autores de las erosiones descritas, y al margen de las dudas sobre si hubo o no renuncia a la presencia letrada en esta segunda declaración, cabe preguntarse si la misma no se tomó en circunstancias irregulares o si, en todo caso, no debiera haber sido suspendida cuando el detenido «fue perdiendo la serenidad», «acentuándose cada vez más su nerviosismo y excitación», de modo que «incluso llegó a llorar», pero resulta evidente que si tal proceder resulta bastante para poner en entredicho el cumplimiento de un deber —como causa de justificación que conlleva la exclusión de toda provocación, según, al menos, alguna jurisprudencia de la que es muestra la sentencia de 26 de junio de 1978—, o incluso para conformar una determinada provocación, ésta nunca alcanzaría la calificación de suficiente en relación con una conducta de homicidio. La causalidad adecuada, la previsibilidad y la proporcionalidad podrían hallarse presentes hasta cierto punto en un acometimiento que facilitara la huida a costa de la integridad física de alguno de los policías que dirigen el interrogatorio y se ocupan de las actuaciones desde hace horas, pero desaparecen cuando la reacción del provocado —en los estrictos términos del relato fáctico— se traduce en un directísimo ataque a la vida.

ARTICULO 10.9. ABUSO DE CONFIANZA. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

(STS de 28 de junio de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)

Segundo. Tema controvertido es el de los delitos a los que puede alcanzar la agravante. Hay que destacar, desde luego, aquéllos en los que el abuso de confianza esté implícito en ellos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal (estafa, apropiación indebida etc.).

Sentar un principio más general puede ser arriesgado y así no puede decirse que es en todo caso incompatible con los delitos que implican fuerza o violencia. Otra cosa es que no suela apreciarse en tales delitos (sentencia de 7 de mayo de 1962). Por ello no faltan declaraciones de esta Sala que la aprecian en delitos contra la vida e integridad corporal, contra honestidad y en los robos con violencia.

Constriñéndose ahora los delitos de robo con fuerza en las cosas, por tratarse ahora de uno de tal especie, si bien, hubo una corriente jurisprudencial contraria a la admisión de la agravante, acabó por prevalecer, con aplauso de la mejor doctrina, la posición contraria, en tanto en cuanto el abuso de confianza puede concurrir en momentos anteriores a la ejecución, facilitando la realización de ésta (sentencia de 22 de junio de 1964). Como se ha dicho en sentencias más recientes,

si la confianza depositada en el agente le permite acceder al lugar en el que se guarda o custodia la cosa sustraída, se quebranta aquella confianza de los guardadores de la cosa a la par que se facilita la ejecución (sentencia de 25 de noviembre de 1985, en la que se contempla un caso análogo al aquí debatido, por realizarse el apoderamiento con las llaves sustraídas al propietario). Por lo demás el número de resoluciones que admiten la posibilidad de la agravante en los delitos de robo con fuerza son numerosas (sentencias de 9 de mayo y 4 de julio de 1974; 13 de marzo, 20 de mayo y 14 de octubre de 1976; 17 de enero de 1977; 6 de febrero de 1981; 20 de noviembre de 1982, la ya citada de 25 de noviembre de 1985 y 30 de enero de 1987 entre otras muchas).

ARTICULO 65. RELACIONES CON LA REGLA 4.º DEL ARTICULO 61

(STS de 4 de mayo de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

La cuestión de la aplicación de la regla 4.ª del artículo 61 del Código Penal dentro de la pena que resulte de la atenuación facultativa que prevé el artículo 65 del Código Penal se debe responder de acuerdo con los principios generales de la individualización de la pena.

El artículo 65 del Código Penal tiene su razón de ser en la reducción, supuesta por el legislador de la gravedad de la culpabilidad del menor de edad entre 16 y 18 años. La ley, por tal motivo, obliga a los Tribunales, en todo caso, a atenuar la pena en un grado, acordándole, al mismo tiempo la facultad de ampliar dicha atenuación cuando las circunstancias del caso indiquen que la atenuación obligatoria no se adecúa suficientemente a la gravedad de la culpabilidad o supera las exigencias de la prevención especial.

Cuando concurren tales exigencias de mayor atenuación que la obligatoria, la aplicación de la regla 4.ª del artículo 61 del Código Penal conduciría a resultados que están abiertamente en contra de la finalidad del artículo 65 del Código Penal. En efecto, no sería adecuado a los principios de una individualización de la pena basada en la gravedad de la culpabilidad y en las exigencias de la prevención especial, que el Tribunal no pudiera fijar la pena atenuada en tal grado máximo cuando ello fuera lo aconsejable. Si se otorga prevalencia a una interpretación teleológica respecto de la puramente gramatical, la solución no puede ser otra, por tanto, que la inaplicabilidad del artículo 61, regla 4.ª del Código Penal en los casos en que se hace uso de la atenuación facultativa, que prevé el artículo 65 del Código Penal. Por otra parte se daría el contrasentido de que el Tribunal que pudo bajar sólo un grado e imponer la pena en el grado medio de este, si baja dos, lo que es ya facultativo, no puede imponer el grado máximo que es pena inferior a dichos grados medio y mínimo de la pena que legalmente pudo ser impuesta.

Como queda claro, la preferencia de la interpretación teleológica se funda en la mayor racionalidad de la solución que proporciona, ya que ello no obliga a los Tribunales a aplicar una pena que resulta sostenible desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena y de la gravedad de la culpabilidad.

En el presente caso, el Tribunal *a quo* ha entendido que la pena adecuada a la culpabilidad del autor se debía situar en los seis años, pues esta pena expresa

correctamente la gravedad de la misma. No hay razón alguna, por tanto, para que el descenso por debajo de la atenuación obligatoria esté sometida a reglas que impedirían que se aplicara la pena que corresponde según la culpabilidad y los fines de la pena.

ARTICULO 65 BIS. DELITO CONTINUADO. ROBOS. DIFERENCIAS CON LA SIMPLE DEDICACION

(STS de 29 de mayo de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. Igual suerte desestimatoria han de correr los motivos segundo (y último) del procesado Aureliano de la C. N., y segundo del procesado Jose M. O., en los que, con idéntica sede casacional que los anteriores, se lamenta la inaplicación del artículo 65 bis, del Código Penal. Ciertamente, el delito continuado admite en dicho artículo, según había adelantado la jurisprudencia, que las acciones u omisiones consideradas ofendan a varios sujetos, siempre que aquellos tengan una cierta proximidad espacio-temporal, y, como ocurre con el robo, no se vulneren bienes jurídicos eminentemente personales, pero dicha actividad diferenciada precisa de la abrazadera consistente en responder a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión y tal requisito —o dualidad de requisitos alternativos— no consta en el caso de autos, pues no cabe confundirlo con la mera repetición de actos similares por parte de delinquentes más o menos acreditados, habituales o profesionales. Los hechos probados únicamente recogen la comisión en Madrid de 15 sustracciones tipificables como otros tantos robos con fuerza en las cosas, que van desde el 13 de febrero de 1980 hasta el 24 de noviembre de ese mismo año, y una cierta repetición (pero no identidad) de los intervinientes. Ahora bien, nada indica la existencia del proyecto global o designio criminal único, a no ser que se quiera identificar éste, erróneamente, con la propia dedicación al robo, y falta toda referencia a esa repetición de oportunidades idénticas capaz de enhebrar, como el plan preconcebido, las diversas acciones; todo ello sin olvidar que, al operar el delito continuado como una excepción al régimen del concurso real de delitos, toda duda o insuficiencia relativa al condicionamiento de aquél se traduce insoslayablemente en la prevalencia de la normativa general.

ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. INSUFICIENCIA DE ANIMO TENDENCIAL

(STS de 12 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Cuarto. El correlativo motivo de impugnación articulado por infracción de ley, y acogido al número 1 artículo 849 LECr, aduce violación del artículo 246 del Código Penal al faltar el elemento subjetivo que integra de modo esencial el delito de desórdenes públicos, y de otro lado, tampoco la propia morfología de los hechos tal como se produjeron según el relato fáctico se corresponde con el tipo penal del aludido precepto del texto legal. Y el quinto, formulado de forma alternativa y subsidia-

ria respecto al anterior, desistiendo de su primitivo contenido, que postulaba que los hechos debieran calificarse como un delito de manifestación ilegal en el acto de la vista, lo modificó, solicitando la libre absolución o la declaración de los hechos como constitutivos de una falta contra el orden público, prevista en el artículo 570.4 del Código Penal. Por ello, ambos motivos deberán examinarse conjuntamente.

A) El delito de desórdenes públicos, del artículo 246 del Código Penal, se había configurado en la jurisprudencia de esta Sala, tradicionalmente, entendiendo que el ánimo de atentar contra la paz pública tenía un carácter medial, en el sentido de que se atacaba la expresada paz como forma instrumental de posesión social o pública. Tal exégesis se ha mantenido en numerosas sentencias 13 y 25 de febrero, 21 de abril, 24 y 28 de octubre y 21 de diciembre de 1987, y hasta cierto punto la sentencia de 2 de mayo de 1988, pero ya en la citada sentencia de 25 de febrero de 1987, se formuló voto particular, manteniendo la tesis contraria, rechazando tal interpretación, que es la seguida por la sentencia de 30 de abril, continuada por la sentencia de 6 de febrero y 17 de marzo de 1989.

En ellas se mantiene el que el delito de desórdenes públicos se integra por cuatro elementos, debiendo concurrir todos para que el comportamiento delictivo se produzca: 1.º Sujeto activo plural. 2.º Producción de un resultado concreto legalmente previsto. 3.º Que tal resultado altere el orden público. 4.º Que los autores pretendan atentar contra la paz pública.

Los hechos son similares a los del caso aquí enjuiciado. Un grupo de jornaleros se reunió en asamblea en un local del Ayuntamiento, y para protestar por la falta de envío de fondos destinados al empleo comunitario, que llegaban a la localidad de Marchena (Sevilla), y con el fin de llamar la atención pública sobre dicho problema, tomaron el acuerdo de marchar a la carretera N-333, que pasa por las afueras de la citada villa, interrumpiendo el tráfico, y cortando la circulación por la misma, durante media hora, siendo restablecida posteriormente la circulación, al retirarse el grupo encabezado por los procesados que mantuvo inicialmente el no desalojo de la calzada, cuando fueron requeridos por «el oficial de la Guardia Civil, cuyas fuerzas habían hecho acto de presencia en el lugar». No es cuestionable el que el sujeto activo fue plural, y que los trabajadores obstaculizaron la circulación de la carretera. Dudoso es que se haya producido un desorden de cierta entidad, puesto que si es más leve, ha de tener un encaje sistemático diverso. En el *factum* no consta que la ocupación de la calzada produjese la detención de un número elevado o reducido de vehículos, ni que el hecho ocasionase o no evidentes molestias a los usuarios, lo que, *ab initio*, impide valorar adecuadamente la gravedad de la obstaculización.

Por otra parte el propósito que guiaba a los jornaleros era «llamar la atención de fondos para el empleo comunitario, necesario para acogerse al régimen de desempleo agrario los que se encontraban en paro» sin que, indudablemente, pretendiesen atentar contra la paz pública. Por ello, dichas sentencias aprecian la falta del elemento subjetivo del injusto que configura el tipo legal de desórdenes públicos, al no poderse equiparar las expresiones «atentar contra la paz pública o alterar el orden». El elemento en cuanto subjetivo afecta a la culpabilidad, pero en cuanto integrante del tipo, atañe a la antijuricidad, siendo esencial en la determinación de la antijuricidad de la conducta la actitud anímica que el sujeto ha unido a ella y que se refleja en el tipo. Y en todo caso, las normas han de interpretarse, según el artículo 31 del Código Civil, en atención a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas. Y el reproche social que hoy debe efectuarse ha de tomar en consideración no sólo

el resultado producido, el corte al tráfico temporal, y levemente de una carretera, sino al porqué de aquel resultado, es decir, sus motivaciones.

B) El artículo 35 de la Constitución Española consagra el que todos los españoles tienen el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para atender sus necesidades y las de su familia, y cuando tal exigencia básica no puede atenderse, debe obtenerse por las vías de las prestaciones de desempleo.

Entre el derecho al trabajo y el propósito de denuncia pública de carencia de aquel, y a su vez, la falta de fondos destinados al empleo comunitario, puede, en algunos supuestos, pugnar con el principio de orden que debe presidir la exteriorización pública de aquel derecho constitucional, cuando esta situación de paro, es endémica en determinadas zonas del país, lo que en ocasiones ha provocado la reacción aislada de los trabajadores que no sólo carecen de un puesto de trabajo, sino que, además no perciben las prestaciones de desempleo agrario, que les corresponde subsidiariamente por un retraso en el envío de dichos fondos. Conforme a la doctrina de interés preponderante, al igual que ocurre entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, debe ponderarse en cada caso, cuál de aquéllos debe prevalecer, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, y así, proclamar la prevalencia del primero, el orden público, no equivalente de la paz pública, y, por tanto, absolutamente intercambiables, cuando se adopte una actitud abiertamente subversiva, o se originasen vejaciones o daños de cualquier especie, o se promoviese incidente alguno, de especial cariz, con indudable alarma social. En otro caso, cual aquí ocurre, debe valorarse dicho comportamiento, no subsumible en el artículo 245 el Código Penal, al ser menos grave, y cuyo marco ha de incardinarse en el artículo 570.4 del Código Penal que tutela el mismo bien jurídico, el orden público, si bien de un modo leve. En consecuencia procede la estimación de ambos motivos, casando y anulando la sentencia de instancia, y dictándose a continuación la procedente.

Quinto. Al calificarse los hechos como falta, por estimación de los motivos cuarto y quinto, cuya sanción no lleva aparejada como pena accesoria la de suspensión del derecho de sufragio ni activo ni pasivo, decae, pues, su argumentación, y el motivo séptimo de los articulados por infracción de ley, con base en el artículo 5.4 LOPJ, e infracción del artículo 23.1 de la Constitución Española, debe perecer.

ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. ANIMO TENDENCIAL MEDIAL

(STS de 13 de junio de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Del relato inserto en el *factum* se aprecia en el proceder de los inculpados dos etapas o momentos evidentemente reveladores. Ante la noticia de que no les serían abonadas sus prestaciones por el empleo comunitario, acordaron entrar y permanecer en el Ayuntamiento hasta que les fueran abonados sus jornales y así lo hicieron durante tres días, «pero sin que esta ocupación interrumpiera ni perturbara el desarrollo de las actividades habituales en el edificio municipal, cuyas puertas permanecieron abiertas durante las horas del día». Ante la inoperancia de su decisión en orden al logro de los resultados apetecidos, fue cuando los procesados «decidieron cerrar las puertas de éste —el edificio municipal— y continuar en su interior para mediante la paralización de los servicios municipales y consiguiente alteración de la vida ciuda-

dana llamar la atención de las Autoridades cuando en la mañana del lunes los agentes de la policía y demás funcionarios municipales se dirigieron al Ayuntamiento para comenzar sus trabajos, no pudieron entrar al encontrar las puertas cerradas. La medición del Alcalde no logró que los acusados depusieran su actitud, en vista de lo cual se requirió la intervención de la Guardia Civil, sobreviniendo los hechos que se relatan, consignándose expresamente que, por razón de todo ello, «la actividad en el Ayuntamiento estaba totalmente paralizada, por no poder entrar persona alguna». La normalidad se restableció sobre las catorce horas de dicho día. No puede ser puesto en entredicho que aunque como motivación última pretendiesen los encausados llamar la atención de las Autoridades acerca de su situación laboral, que estimaban injusta, se propusieron y consiguieron, en contraste con el alcance de sus actos en la fase inicial, paralizar los servicios municipales y, merced a ello, alterar la vida ciudadana, en definitiva, atentar contra la paz pública, ocupando el Ayuntamiento e impidiendo el funcionamiento de sus servicios. Aún atendiendo a principios atinentes a la ponderación de bienes, puede concluirse que se traspasaron, y de modo grave, los límites tolerables, en el propósito de denuncia pública de una conflictividad laboral y de unas reivindicaciones prestacionales, con una dimensión y trascendencia que justifican la reprochabilidad que el tipo penal tenido en cuenta alberga. La aplicación del artículo 246 del texto sustantivo penal es correcta.

Y el motivo no merece acogimiento, al igual que el octavo en el que, por idéntica vía procesal, se señala infracción del artículo 585.5 del Código Penal, precepto que se dice violado al no haber sido aplicado.

ARTICULO 321. INTRUSISMO. TIPOS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 19 de junio de 1989. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. El delito de intrusión profesional, también denominado intrusismo y usurpación de calidad se halla regulado en el artículo 321 del Código Penal, cuyo precepto tras la reforma penal de 1961-1963, consta de un tipo básico, consistente en el ejercicio de los actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional, y de un tipo cualificado, subtipo agravado o circunstancia de concreción, descrito en el párrafo 2 del precepto estudiado, y que requiere, para su aplicación, que el culpable se atribuya públicamente la cualidad profesional. La jurisprudencia en sentencias de 28 de mayo de 1975, 5 de marzo de 1976, 5 de mayo de 1977, 28 de febrero de 1983, 23 de enero de 1984 y 21 de abril de 1988, entre otras muchas, se ha ocupado de la *ratio essendi* de la punición de estos comportamientos del sujeto pasivo que es triple —el Estado, la sociedad y los integrantes y ejercientes de la profesión de que se trate—, de los requisitos estructurales de esa infracción, entre los cuales figuran la realización de más de un acto de intrusión y la inocuidad de las conductas que entrañan la ejecución de actos propios de una profesión careciendo del correspondiente título cuando ello se efectúa gratuitamente y equivaliendo a una actuación de complacencia, amistad o buena vecindad, terminando dicha jurisprudencia por exigir, en el campo de la culpabilidad que, el presunto intruso tenga la conciencia o se represente que está invadiendo el campo de actuación reservado para ciertos profesionales dotados

de título legitimador de esas actividades, y, a pesar de ello, quiera ejercerlas de ese antijurídico modo.

Segundo. En este caso, y según se narra en el relato histórico de la sentencia de instancia, la procesada poseedora de una serie de títulos expedidos en el extranjero y que es miembro de la Asociación Latino Americana de Investigación y Docencia de la Acupuntura y Moxibustión, pero que no es Licenciada ni Doctorada en Medicina, en fecha no exactamente determinada, pero, al menos desde 1982, comenzó en Jerez de la Frontera a ejercer actividades, de acupuntura, reflexoterapia y revitalización, tratando, a quienes lo requerían, y era aconsejable, con las técnicas propias de estas disciplinas hallándose «en la firme creencia de que, en España, para ejercer la acupuntura no era preciso ningún título facultativo, sabedora que esa ciencia o técnica, no se enseña en las Facultades de Medicina de España».

Tercero. La sentencia recurrida para absolver a la acusada, del delito de usurpación de calidad, por el que fue acusada, se basa en dos razones o argumentos fundamentales, el primero de ellos, consistente en que, no impartándose en las Facultades de Medicina españolas, enseñanzas de acupuntura, reflexoterapia y revitalización, no se expiden, oficialmente títulos que autoricen y legitimen el ejercicio de tales actividades, por lo cual mal pueden usurparse funciones o actividades profesionales que no existen legalmente y que no corresponden a profesionales determinados que posean el título legitimador correspondiente y el segundo que hallándose la acusada en la creencia de que para ejercer esas técnicas no era preciso título expedido u homologado en España y, que, por tanto, y puesto que en el Estado español no se imparten tales disciplinas en las Facultades de Medicina nacionales, obra en su favor, una causa excluyente del indispensable dolo, como lo es el error invencible de prohibición al que se refiere el párrafo 3 artículo 6 bis a) del Código Penal.

Cuarto. Si por Medicina se ha de entender ciencia o arte de prevenir o precaver, y de curar las enfermedades humanas, no hay duda que ciertas ramas de la misma cuyas enseñanzas y ejercicio, ni se dan en las Facultades de ese ramo, ni se legitiman mediante la obtención de un título oficial, corresponden a los profesionales dedicados a Medicina General, hallándose, la clave en cuestión y la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito, en sentencia de 23 de enero de 1984, merced a la cual cuando la acupuntura y lo mismo podría predicarse de la reflexoterapia y de la revitalización, se llevan a cabo, por prescripción facultativa o bajo la égida de un Médico, se trata de meras prácticas de ejecución, que no requieren la posesión de título o Licenciado o Doctor en Medicina, pero si el que ejecuta cualquiera de esas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstica, pronóstica y decide una terapéutica determinada, está invadiendo las funciones reservadas para los profesionales de la Medicina y, si concurren los demás elementos estructurales del tipo, su comportamiento, con todo merecimiento, se incluirá en el artículo 331 del Código Penal.

Quinto. Por consiguiente, el primer fundamento exculpatario expuesto en la sentencia de instancia queda destruido, como con acierto, sostiene la entidad recurrente pero, como el segundo argumento esto es, el de la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente, en que se hallaba la procesada, no ha sido rebatido por dicha parte recurrente y, por otra parte, es absolutamente cierto que esas enseñanzas, no se imparten en las Facultades de Medicina de España, que no existe una especialidad, respecto a ellas, que requiera para su ejercicio, un título legitimador especial y que, la acusada, además de poseer diversos títulos extranjeros, pertenecía a la Aso-

ciación Latino Americana de Investigación de la Acupuntura y la Moxibusión, cuyos estatutos fueron aprobados por el entonces Ministerio de Gobernación, con fecha de 31 de marzo de 1977, es lo cierto que, la tesis del Tribunal Sentenciador en instancia, que gozó de la superioridad que supone la observancia del principio de inmediatez, resulta plausible y certera, adhiriéndose a ella esta Sala, la cual, en consencuencia estima procedente la desestimación del único motivo de este recurso, interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Cádiz, y fundado en el artículo 849.1 LECr, por violación del artículo 321.1 del Código Penal.

ARTICULO 346.1. DELITO DE RIESGO ALIMENTICIO. FIGURAS DE PELIGRO

(STS de 20 de junio de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández Cid)

A su vez, dentro de las infracciones de peligro, la doctrina científica distingue comunmente entre delitos de peligro abstracto, en los que el legislador presume que determinadas conductas entrañan «siempre» peligro, de manera que su realización es, sin más peligrosa y tipificada, y delitos de peligro concreto, que tienen prevista en la descripción típica la necesidad de que se haya producido una situación real de peligro, el que no puede, por consiguiente, presumirse o deducirse sin más como ligado en relación de causa a efecto de la realización de los elementos objetivos del tipo, sino que, contrariamente, exigen la demostración o prueba específica de que el peligro existió en la conducta o comportamiento concreto. Ello no supone la producción de un resultado lesivo propiamente dicho, pues este caso, de producirse, operaría por consunción sobre el delito de peligro, sino, simplemente, la verificación de este extremo sin posibilidad de presunción del mismo por la simple realización del comportamiento objetivo —activo u omisivo— tipificado. En el tipo de párrafo primero del artículo 246 del Código Penal el elemento copulativamente añadido de la existencia del peligro para la salud de los consumidores exige la verificación en cada caso, sin que pueda presumirse; se está así en presencia de una infracción de las que la doctrina alemana denomina como delitos de peligros abstracto-concreto, en los que la norma no se limita a descubrir una acción u omisión generalmente peligrosa conforme a un juicio de experiencia, sino que exige la comprobación de las propiedades del comportamiento para permitir conceptuar a éste, apto o idóneo para producir en su caso un peligro real para el objeto de protección.

ARTICULO 371. DENEGACION DE AUXILIO. ASISTENCIA MEDICA

(STS de 21 de junio de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

2. Debe distinguirse en orden al segundo tema propuesto, y lo hace con singular acierto la sentencia impugnada entre la visita al consultorio y la entrega del volante para el centro sanitario especializado, y el segundo episodio de los hechos —al siguiente día— cuando el estado del paciente, inmovilizado en su domicilio y sin posibilidad, por su estado físico, de traslado a un centro médico, reclama una inmediata asistencia que es reiteradamente solicitada por un vecino y familiares; había surgido

una situación distinta a la contemplada en la consulta del día anterior, y el gravísimo estado del paciente exigía una nueva consideración clínica del caso, la cual pasaba inevitablemente por la visita domiciliaria del médico de cabecera. No se hizo por el acusado, con incumplimiento no sólo de deberes reglamentarios (vid. art. 35 del Reglamento de 27 de noviembre de 1953), sino del deber de solidaridad y auxilio que en la profesión médica alcanza la mayor cota de exigencias; en conclusión es ajustada a derecho la tipificación de la conducta enjuiciada en el citado artículo 371 del Código Penal.

ARTICULO 396. MALVERSACION DE FONDOS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 26 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Los diversos tipos legales de malversación propia de caudales públicos ofrecen como nota común a todos ellos, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado o de los demás entes públicos al patrimonio público, quebrantándose en aquéllos el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende.

Como requisitos integrantes de la figura de malversación propia acogida en el artículo 396 del Código Penal, pueden precisarse los siguientes: a) el elemento subjetivo determinado por la cualidad de funcionario público del sujeto activo, conforme al artículo 119 del propio Código punitivo; b) elemento objetivo, que se concreta en una realidad dispositiva de los caudales o efectos, que quiere decir poder del funcionario sobre el destino de los bienes, ya sea de hecho o de derecho, con tal de que en este último supuesto, en aplicación de sus facultades competenciales, pueda convertir la primitiva potestad de control o custodia en una efectiva disponibilidad material; c) los caudales o efectos han de gozar de la consideración de público, los cuales cobran tal naturaleza, tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al erario público, como cuando percibidos por el funcionario, surge en el ente el derecho a su entrega e ingreso en el patrimonio estatal o municipal, y d) una conducta típica consistente en aplicar a usos propios o ajenos dichos caudales, de tal forma que se empleen estos bienes para un fin distinto del que tenían originariamente asignados.

Aplicar en este caso, dice la sentencia de 7 de febrero de 1962 de esta Sala, significa un uso transitorio de carácter tan sencillo como el de la persona que teniendo a su cargo caudales públicos, los invierte en satisfacer temporalmente necesidades propias o ajenas. Lo peculiar, pues, de este tipo estriba en la falta de ánimo de apropiación por parte del funcionario. Es reiterada la jurisprudencia —Sentencias de 13 de abril y 19 de noviembre de 1981, 30 de diciembre de 1985— de esta Sala, que establece las diferencias entre el tipo delictivo del artículo 394 y el del 396, en que, en el primero, se requiere la concurrencia de *animus rem sibi habendi*, o intención de apoderamiento definitivo, mientras que en el segundo, falta la concurrencia del factor finalista de la malversación propia, como es el ánimo de lucro y la apropiación definitiva, y el que el apoderamiento ha de ser de mero uso, por desvío indebido de los fondos, intención que la propia Ley presume en beneficio del reo, cuando el reintegro se realice dentro de los diez días siguientes al de la incoación del Sumario, mientras que su no devolución, determina la imposición de las penas del artículo 394, por estimarse entonces que falta la voluntad de devolución y sí concurre la de apropiación.

Cuestión de especial relieve, es la referente a si la tenencia de los caudales, por parte del funcionario, ha de provenir de una competencia específica por razón del ámbito de sus funciones atribuidas, o si es suficiente que aquéllos se hallen a disposición del funcionario en atención a sus atribuciones generales, habiéndose producido la entrega como incidencia y en relación con el ejercicio de la función pública. Aun cuando existe alguna resolución discordante, es doctrina reiterada de esta Sala —Sentencias de 17 de enero de 1966, 23 de diciembre de 1967, y 20 de octubre de 1970—, la de que no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezcan o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

La última de las resoluciones citadas comprende en el tipo de la malversación, aquellos caudales que el funcionario poseyere de hecho, aunque no se le estuviese atribuido de derecho la custodia, pues la ostentaba en virtud de sus funciones generales, por resultar suficiente el que fuera un mero servidor de la posesión oficial, siendo bastante que el funcionario que ejerce un servicio y detenta unos bienes públicos abuse de confianza en él depositada y deje indefenso al organismo.

ARTICULO 420. LESIONES GRAVES. DEFORMIDAD. PERDIDA DE PIEZAS DENTALES EN MAL ESTADO

(STS de 8 de mayo de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Resulta, por consiguiente, cierto que a consecuencia del delito cometido por el procesado el lesionado como resultado de la reyerta suscitada entre ambos, en los términos que la sentencia de instancia explica, perdió tres piezas dentarias. Esto es, entre la acción y la pérdida hubo inequívoca relación causal. La conclusión de la resolución invocada es, por tanto, correcta. El recurrente, lo que sin duda quiere introducir en el debate casacional es la idea de una ruptura del nexo causal, como resultado del mal estado de las piezas dentarias a consecuencia de la caries. Pero la pretensión no es atendible porque el mal estado ya reseñado de las piezas no excluye la tipicidad del hecho que viene configurado, sin excepciones, por la acción y la consecuencia, sin que el mal estado de las piezas perdidas, y otro tanto pueda decirse de la pérdida de otros órganos principales o no pueda afectar, aunque estuvieran en estado de deterioro, a la calificación jurídico penal del hecho, como aquí acontentió.

Menos aún puede aceptarse el argumento de que han de ser tenidas en consideración las circunstancias del sexo, edad y estado, anteriores y posteriores a la agresión, a efectos de calificación jurídico-penal porque en la actualidad ha de entenderse que todo el mundo tiene derecho a un estado físico y su alteración por parte de otra persona a través de una agresión si produce deformidad, bajo la acepción ya consagrada por la jurisprudencia de esta Sala, ha de dar lugar a la calificación que con acierto estableció la Sala de instancia, todo ello sin perjuicio del efecto que desde el punto de vista económico pueda producirse en orden a la responsabilidad civil.

**ARTICULOS 429 Y 430. VIOLACION Y ABUSOS DESHONESTOS.
RELACIONES, CONTINUIDAD, ABSORCION Y CONCURSO**

(STS de 5 de mayo de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

Cuarto. Resta por analizar el primero de los motivos, deducido por la representación de los procesados al amparo del artículo 849.1 LECr, por estimar que aquéllos han sido condenados por dos delitos (uno de violación y otro de abusos deshonestos), cuando debieron serlo, en su caso, por uno sólo: el de violación, dado que el abuso deshonesto «puede ser perfectamente subsumido por el delito de violación, ya que el propósito sería ese: violar». A tal fin destaca la parte recurrente que «el ánimo de yacer, y concretamente de eyacular, es el fin perseguido por el encartado». Implícitamente, por tanto, se viene a denunciar la aplicación indebida del artículo 430 del Código Penal.

Ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia estima aplicables el principio de consunción o de absorción cuando los abusos deshonestos constituyen el preludio hacia el «yacimiento» en que consiste la «violación». Realizado el coito, «la violación subsume a los abusos». En el presente caso, sin embargo, el procesado Manuel, mediante las amenazas descritas en el *factum*, logró tener acceso carnal con la víctima al introducir su pene en la vagina de ésta: pero, al no conseguir eyacular, intentó penetrarla por vía anal y finalmente la obligó a ir al servicio y «a sentarse en la taza del wáter», donde la joven amenazada hubo de succionarle el pene hasta conseguir la eyaculación.

La eyaculación no es precisa para la consumación del delito de violación, basta para ello la *coniunctio membrorum*, aunque la penetración del pene no sea completa o no haya eyaculación o *inmissio seminis* (vid., *ad exemplum*, las sentencias de 1952 y 8 de octubre de 1969). No cabe decir, por tanto, como pretende la parte recurrente, que los actos posteriores al yacimiento deben quedar subsumidos en la violación. Es preciso entender por el contrario, que constituyen unos abusos deshonestos autónomos. Consumada la violación, la conducta posterior del hoy recurrente, al intentar penetrar a la mujer por vía anal y luego hacerlo vía bucal, obligando a la mujer a succionar el pene hasta lograr la eyaculación, supone una ulterior agresión sexual a la víctima y una notable agravación de su natural aflicción, que se compaginan mal con la subsunción pretendida y con el necesario respeto al principio de proporcionalidad de las penas. El motivo, por consiguiente, carece de fundamento y debe ser desestimado.

Dicho lo anterior, no es ocioso añadir que la reconducción de la conducta enjuiciada hacia una única figura delictiva podría hacerse por la vía del delito continuado. El artículo 69 bis del Código Penal, tras describirlo, previene especialmente que quedan exceptuadas del mismo «las ofensas a bienes jurídicos personales» —como sin duda, lo es la libertad sexual, que constituye esencialmente el bien jurídico protegido por los delitos contra la honestidad—, pero a continuación, añade: «salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva». La jurisprudencia de esta Sala ha estimado, dentro de este contexto, la existencia de delito continuado en casos de violación, resaltando que debe tratarse de «casos muy excepcionales» de iteración inmediata del coito con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, siempre que lo sea en el

marco de unas mismas circunstancias de tiempo y lugar, y bajo la misma situación intimidatoria (Sentencias de 31 de enero de 1986, 7 de marzo, 27 de mayo y 13 de diciembre de 1988).

Pese a que en el presente caso no ha existido una iteración del coito, y, por ello, no puede hablarse de una doble violación, sino de una violación y de unos abusos deshonestos posteriores, tal circunstancia no debe ser obstáculo para la posible apreciación del delito continuado, por cuanto concurren las circunstancias que la jurisprudencia ha tenido en cuenta para su estimación en los casos de doble violación (identidad de sujeto pasivo e identidad de ocasión y de circunstancias de tiempo, lugar y de situación intimidatoria), y el Código Penal admite la existencia del delito continuado cuando las acciones u omisiones objeto de enjuiciamiento infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales»; semejanza sustancial que no cabe negar que existe entre la violación y los abusos deshonestos violentos, de los artículos 429 y 430 del Código Penal, integrados en el mismo capítulo de los «delitos contra la honestidad», cuyo bien jurídico es el de la libertad sexual; especialmente cuando, como sucedió en el presente caso, los ulteriores abusos consistieron en introducir el pene del procesado en la boca de la víctima, llegando incluso a eyacular dentro.

ARTICULO 434. ESTUPRO DE PREVALIMIENTO. DIFERENCIAS CON EL INTIMIDATORIO. DEBILIDAD MENTAL

(STS de 14 de junio de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. La figura básica del estupro con prevalimiento recogida en el párrafo primero del artículo 434 del Código Penal tras la Ley Orgánica 7/1978, de 7 de octubre, requiere, amén del yacimiento y de una edad de la víctima entre 12 y 18 años, que la misma acceda al acto sexual en circunstancias tales que coarten hasta cierto grado su libertad, de manera que, como señala la sentencia de 9 de febrero de 1987, dicho prevalimiento llega a suscitar un problema de límites con la intimidación, cuestión ésta que debe resolverse atendiendo a que, si bien la fuerza compulsiva se dirige a la producción de un temor encaminado a vencer una voluntad adversa, el prevalimiento consiste en el aprovechamiento de circunstancias que, coincidentes en propiciar una relación de superioridad, motivan a la parte más débil en el sentido de dejar hacer a la contraria, sin que pueda hablarse —si no es con criterio muy amplio— de pugna real entre dos voluntades, pudiendo citarse a este respecto, conforme a una abundante jurisprudencia, de la que son muestras las sentencias de 2 de noviembre de 1986 y 14 de mayo de 1987, la convivencia doméstica, la vecindad o amistad familiar, la dependencia, el respeto venerencial y la notoria diferencia de edad, sobre todo cuando quien comete el yacimiento tiene más o menos reducidas sus facultades mentales, sea por enfermedad mental, sea por oligofrenia, sea por otra causa.

Segundo. Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, resulta obligada la desestimación del único motivo admitido a trámite en este recurso, ya que la impugnada calificación de estupro con prevalimiento se desprende sin dificultad desde los hechos probados. El procesado contaba 51 años, mientras que la mujer con la que yace, convecina suya y conocida desde varios años (es decir desde la niñez), tenía 14 años, padeciendo, además «oligofrenia con ligera debilidad mental», lo que explicaba su apodo de «la tonta del cortijo Tolino», de modo que, aun sin aquella deficiencia disminuía

«sólo en grado leve su capacidad intelectual y volitiva para comprender la trascendencia y significado del acceso carnal y rechazar el mismo», ha de concluirse que el ahora recurrente se aprovechó de las dos indicadas circunstancias para obtener un consentimiento viciado, tanto más cuanto que, según advierte algunas sentencias —así la ya citada de 14 de mayo de 1987— la debilidad mental hace a estas mujeres, sobre todo cuando se trata de adolescentes, particularmente proclives a los abusos sexuales porque a sus naturales y recién despiertas inclinaciones no corresponde un sistema de inhibiciones y de valores bien construido, sin olvidar, por último, que la conducta ahora enjuiciada revela como circunstancia complementaria la invitación a la muchacha para que montase en el automóvil del procesado, so pretexto de llevarla a la escuela y la conducción de la misma hasta determinado lugar, donde, «en medio del campo», y «tras advertirle que le pegaría si se lo contaba a sus padres», aquél, «venciendo sólo la débil resistencia opuesta por Encarnación, tuvo ayuntamiento carnal con ella en dos ocasiones, dejándola embarazada». Puede verse la exposición de este mismo criterio en la reciente sentencia de 3 de mayo de 1988, relativa a un supuesto muy similar al presente, en el que juega también papel fundamental la diferencia de edad y la torpeza mental de la estuprada.

ARTICULO 480. DETENCION ILEGAL. AUTORIA

(STS de 9 de junio de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Según la narración histórica, el proceso, al procederse a la ocupación de los locales y retención en los mismos de los funcionarios públicos que allí prestaban sus servicios, procedió a comunicar a los mismos los acuerdos asamblearios de no permitirles la salida al exterior, y además, indica que «en todo momento fue el interlocutor válido entre unos y otros y el portavoz de los ocupantes». Tan expresivas frases conducen «ex se ipsa» a la desestimación del motivo que se examina. Una vez más se ha de recalcar que una cosa es la realización del comportamiento típico y otro, no necesariamente identificable con él, es la ejecución material de los actos normativamente descritos de carácter objetivo. En un delito plurisubjetivo activamente lo decisivo es el dato del «dominio funcional del hecho» derivado del reparto de papeles en la dinámica comisiva. Si el asignado era nada menos que el indicado, la autoría a efectos del artículo 14.1 del Código Penal (por cierto no invocado como infringido, que hubiera sido el correcto) es indudable. Nada importa la falta de constancia de verificación de comportamientos materiales ejecutivos, pues lo decisivo; participación del acuerdo colectivo — con la carga conmitoria que implica— y actuación de portavoz de la muchedumbre delincunete comportaba ese dominio funcional y, con él, la asunción de un papel a título del autor.

ARTICULO 489 BIS. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DOCTRINA GENERAL

(STS de 16 de mayo de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

El artículo 489 bis del Código Penal castiga, como es sabido, al que no socorriere a una persona, que se hallare «desamparada y en peligro manifiesto y gra-

ve», cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, y al que «impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno»; precisando, finalmente, que el hecho será sancionado más gravemente «si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido».

La jurisprudencia de esta Sala, en referencia a esta figura delictiva, ha declarado que, para su existencia es preciso: 1.º) una conducta omisiva en los casos y circunstancias que describe el tipo; 2.º) una repulsa social de tal conducta; 3.º) conciencia del desamparo de la víctima, así como de la necesidad del auxilio y de la susceptibilidad del deber de actuar (vid., sentencia de 23 de febrero de 1981, 9 de mayo de 1983, 18 de enero de 1984 y de 13 de marzo de 1987, entre otras). De tal modo que, si la víctima no requiere auxilio, no hay delito (vid., sentencia de 19 de febrero de 1970).

ARTÍCULO 516 BIS, 1.º Y 4.º UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. ABSORCION EN EL ROBO

(STS de 20 de junio de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)

Segundo. La doctrina de esta Sala, en efecto, viene distinguiendo las tres hipótesis en que se pueden encontrarse relacionados los delitos de robo y de utilización ilegítima de vehículo de motor:

a) Un primer supuesto en que ambos delitos por estar consumados con total independencia deban ser estimados en concurso ya real, ya ideal.

b) Un segundo caso en que aún tratándose de acciones independientes, la conexión entre ellas reunan los requisitos objetivos y subjetivos del delito continuado, en cuyo caso se apreciará éste. Quedarán por tanto excluidos los supuestos en que el robo esté incurso en cualquiera de las dos especies de robo con violencia (física o moral) por cuanto el artículo 69 bis del Código Penal exceptúa de la continuación delictiva las infracciones que ataquen bien eminentemente personales, siendo posible en cambio tal aglutinación entre el robo con fuerza en las cosas y el de utilización ilegítima de vehículo de motor con fuerza in re o sin ella (vid., sentencia 11 abril 1989).

c) Finalmente, si la acción del robo violento se extiende en el apoderamiento de las pertenencias del perjudicado, al automóvil del mismo, se dará un solo delito de dicha especie, por virtud del mentado fenómeno de *progresión delictiva* dentro de una misma familia patrimonial de delitos, lo que, por otra parte, evita la indeseable consecuencia de que si la apropiación del vehículo hubiera sido definitiva hubiera quedado incluida dentro de la total acción depredatoria, en tanto que si el apoderamiento del automóvil hubiera afectado tan solo a la facultad utendi y se hubiera recuperado antes de transcurrir las veinticuatro horas a que se refiere el párrafo tercero del artículo 516 bis del Código Penal habría dos delitos, lo que sería completamente paradójico, tal como vienen afirmando las sentencias de esta Sala citadas por el recurrente.

Tercero. En consecuencia, no es que deba pensarse el delito de uso de vehículo de motor sin la calificativa de la intimidación por quedar esta absorbida en el delito de robo violento en cuyo ámbito tuvo lugar mentado ataque al uso, sino que es el delito entero de uso indebido del vehículo el que queda integrado

en el de robo violento, tal como también puntualiza el Ministerio Fiscal en su apoyo del recurso, de acuerdo en un todo con la doctrina de esta Sala antes expuesta.

Por lo mismo, estimado el único motivo del recurso que e ha mantenido por el recurrente, debe dictarse nueva sentencia en que se condene al mismo por los delitos de robo con intimidación y tenencia ilícita de armas, en los mismos términos proferidos en la sentencia de instancia y se le absuelva del delito de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno.

ARTICULOS 516 BIS 2.º, 505.4.º Y 510.3.º UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. FUERZA EN LAS COSAS. LLAVES FALSAS

(STS de 27 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

La expresión contenida en el factum que alude a «utilizando llave que no era la propia del vehículo, abrieron y se llevaron el vehículo» se ajusta a la precisión legal del artículo 510 número 3.º del Código Penal, puesto que no era aquella la destinada or el propietario para abrir la cerradura violentada por el culpable, lo que le incardina en el robo con fuerza en las cosas del artículo 504.5.º (sic); uso de llaves falsas, y por tanto, en el párrafo 2.º del artículo 516 bis, al haberse ejecutado el hecho empleando fuerza en las cosas, que resulta de la concordancia de los aludidos artículos 516 bis y 504.5.º (sic), en relación con el 510.3.º, todos del texto punitivo y así lo entiende la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia de esta Sala —cfr. sentencias 30 octubre 1981, 3 marzo 1986 y 22 enero 1988—, que ha declarado que la referencia a la fuerza entre las cosas, supone una remisión a las modalidades del artículo 504 del Código Penal, y sin discusión alguna, toda vez que la fuerza se utilizó para abrir el vehículo y no para ponerlo en movimiento —cfr. sentencias Tribunal Supremo 4 febrero 1975 y la ya citada de 3 de marzo de 1983.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. NATURALEZA

(STS de 4 de mayo de 1989. Pte. Sr. Barbero Santos)

Cuarto. El cuarto motivo, por infracción de Ley, subsidiario del anterior, con apoyo en el artículo 849.1 LECr, estima indebidamente aplicado el artículo 519, en relación con el 3, ambos CP, ya que el delito de alzamiento debió ser estimado en grado de tentativa.

El propio recurrente reconoce que es doctrina pacífica de esta Sala (SS 6 mayo 1946, 4 y 27 noviembre 1987) que el alzamiento de bienes es un delito de mero riesgo, o actividad, que se consuma por la causación de una situación de insolvencia total o parcial, sin que sea necesario que el perjuicio patrimonial se produzca.

Puesto que el legislador pretende que este perjuicio no se verifique ha anticipado la consumación a un estado anterior, lo que impide, lógica y técnicamente, como en todo delito de peligro, la posibilidad de apreciar las fases imperfectas

de consumación del delito. No cabe frustración ni tentativa. El delito es perfecto cuando al acreedor se le imposibilita satisfacer su crédito por la situación fraudulenta de insolvencia del deudor. Como aquí ocurre.

El motivo no puede prosperar.

ARTICULO 528. ESTAFA PREVIA A LA SUSPENSION DE PAGOS

(STS de 11 de mayo de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Unico. Los contratos civiles o mercantiles son vehículo o instrumento de desplazamientos patrimoniales y en su desarrollo pueden darse hipótesis de incumplimiento que salen de la órbita civil cuando en el momento del concierto o celebración subyace un ánimo o dolo defraudatorio, es decir, cuando el sujeto sabe de antemano —al exteriorizar su voluntad contractual— que no se halla en condiciones de hacer frente a la contraprestación ofrecida; este estado de conciencia, hay que deducirle de las circunstancias anteriores, simultáneas o posteriores que concurren en los hechos inferencia o deducción que, por tratarse de un juicio de valor, es revisable en el recurso casatorio si la parte perjudicada, en este caso la empresa vendedora y acusadora particular, se levanta contra la sentencia absolutoria e invoca la inaplicación de los artículos 528 y 529.1.º del Código Penal (motivo del recurso).

El acusado sostenía desde hacía más de tres años —tomando el hilo del relato— relaciones comerciales con la Sociedad Anónima «Hierros del Mediterráneo», a la que compraba materiales férricos para las actividades industriales que desenvolvía con un montante mensual y sostenido de cien mil pesetas, y en el mes de setiembre de 1983, hizo un pedido por un importe de cuatro millones setecientas setenta y siete mil setecientas sesenta y nueve pesetas (4.777.769 pesetas), presentando al mes siguiente expediente de suspensión de pagos. El análisis e interpretación de estos hechos permite afirmar la intención defraudatoria que inspiró la última petición de materiales por un valor muy superior a los pedidos mensuales y cuando el comprador se hallaba en trance de suspensión de pagos que tomó estado judicial un mes más tarde; la base argumentativa de esta aseveración reside en que al realizarse el último pedido la empresa del acusado pasaba por los momentos de crisis o de desarreglo económico que normalmente precede a las solicitudes de suspensión de pagos o de quiebra («tempus proximum decoctionis»), y en este estado, caracterizado por la demora y cesación en los pagos derivados de una situación de iliquidez o de larvada insolvencia, rompió el acuso —sin que conste la existencia de un momento excepcional de trabajo en su empresa— el ritmo habitual de las relaciones comerciales con una solicitud de materiales cuarenta y siete veces superior, dejando el crédito resultante, sometido a los avatares de una suspensión de pagos que no llegó a cristalizar en convenio alguno.

Ciertamente que este pedido excepcional y excesivo no pasó inadvertido a la Sociedad suministradora de materiales férricos, que exigió para la operación letras aceptadas y a menor plazo, pero ello no puede interpretarse como aceptación del riesgo de incumplimiento, porque tal precaución no incorporaba al crédito ninguna garantía eficaz contra el riesgo de insolvencia, ni autoriza a suponer que pudiera conocer la situación de inminente sobreseimiento de pagos en que

se hallaba el comprador, hasta entonces respetuoso con los compromisos adquiridos. Tampoco el expediente de suspensión de pagos purga o purifica un preexistente ánimo defraudatorio, aunque pudiera llegarse a un acuerdo satisfactorio a través del convenio; la solvencia no está reñida con el propósito o dolo de estafa, pero en este caso la situación económica de crisis o cesación de pagos enlazada a la petición de una remesa enlazada a la petición de una remesa de materiales desproporcionada con las compras habituales, funda no sólo sospecha, sino verosimilitud en orden a la voluntad defraudatoria inspiradora de la operación.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. LOTERIA. ABONO DE HECHO

(STS de 31 de mayo de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Tercero. El procesado «encargado», de la administración de lotería «con plenas facultades de administración de sus titulares», actuando en nombre y por cuenta del querellante, proporcionaba a éste los décimos referenciados, los que quedaban bajo su guarda hasta el momento en que comparecía el Sr. S. de C. a hacerse cargo de los mismos y a liquidar su importe, con las eventuales deducciones que procediera. El imputado no era dueño de los décimos en cuestión, sino poseedor «in nomine alieno», con obligación de entrega a su dueño, se encontraba respecto de aquéllos en una relación jurídica tal que suponía la recepción de los billetes con obligación restitutoria al ser requerido para ello. No puede menos de acusarse la presencia de un título en virtud del cual se constituye la posesión de las cosas con adyacente y conjunta obligación de entrega, iprescindiblemente ligada al propio título. Según la sentencia de esta Sala de 16 de junio de 1987, siendo cierto que sólo la apropiación de lo ajeno puede generar el delito definido en el artículo 535 del Código Penal, sin embargo, no es preciso que el dinero u otra cosa mueble lo haya recibido el sujeto activo del delito, es decir, que haya habido traslado material del objeto, pues basta la adscripción ideal «ex iure domino», para que surja la figura delictiva, ya que en nuestro ordenamiento jurídico tanto es admitida la tradición material, como la instrumental o simbólica o convencional, bajo las dos modalidades, «brevimanu» y «constitutum possessorium», en cuyo supuesto el vendedor se halla en posesión de la cosa mueble a título de dueño, y en virtud del depósito u otro título innominado, se transforma en posesión de cosa ajena, sin que haya desplazamiento material del «corpus possessionis», sino que sólo cambia el signo en virtud del cual se posee, pero con obligación de devolverla, cuando sea requerido a tal fin. En igual línea sentencias de 25 de mayo de 1981, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero, 9 de junio y 24 de diciembre de 1986, entre otras. Todo ello refuerza la conclusión de la sentencia, dado que, aun no produciéndose una tradición material de los títulos, en méritos a los pactos existentes entre las partes del Sr. S. de C. adquiría el dominio de aquéllos y el procesado se constituía en depositario de los mismos en el tramo temporal que iba desde la adquisición y guarda de los décimos hasta su efectiva restitución al querellante. La invocada sentencia de 12 de junio de 1979, por referirse a presupuesto fáctico claramente diferenciado del presente, relación ésta negocial mantenida y confirmada durante más de

quince años, nada supone en contra de las consideraciones que preceden. Y ello tanto se parta de que Eduardo B., adquiría desde un principio los décimos en nombre y por cuenta de S. de C., como de que, ostentando el primero una posesión de aquéllos en razón a su cualidad de encargado de la Administración, en base al convenio con el querellante transmutaba tu título posesorio por el de depositario de los billetes, los que se asignaban en propiedad al Sr. S. La actitud del inculpaado incorporando a su patrimonio los décimos premiados, negando la propiedad del Sr. S. de C. y oponiéndose a su entrega, supone el comportamiento típico del delito de apropiación indebida, ruptura de los límites contractuales mediante acto de disposición de carácter dominical. Ha de desestimarse el motivo, al igual que el segundo, en el que también por idéntica vía procesal del número 1.º del artículo 849 de la LECr, se señala vulneración por interpretación errónea del artículo 535 del Código, por decirse no existir previo «*constitutum possessorium*».

**ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. ALCANCE
DE LA REMISION PUNITIVA A LA ESTAFA. AGRAVACION
POR EL VALOR**

(STS de 9 de mayo de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

El *factum*, ciertamente, muy escueto, pone de manifiesto, como el procesado dispone en su provecho de las primas que recibía como agente a comisión de la Compañía de Seguros, y que debería remitir a aquélla, lo que no efectúa, haciéndolas suyas, por un montante de 2.741.442.

La incardinación de aquellos hechos en los artículos 535, 528 y 529.7.º del Código Penal, está justificada plenamente, por lo expuesto con anterioridad, en cuanto al primer precepto. Fue igualmente acertada la agravación, dada que la cuantía de la infracción supera con creces el límite a partir del cual, la doctrina de esta Sala, opta por el subtipo agravado. La remisión punitiva del artículo 535 de dicho texto punitivo, a su artículo 528, alcanza también el artículo 529, —*cfr. sentencias 10 febrero 1987—* y los límites para apreciar la agravación y se sitúan entre las 500.000 pesetas y el millón, para la circunstancia no cualificada, y por encima de ésta última para la de especial consideración —*cfr. sentencias 7 octubre 1986 y 3 junio 1988.*

ARTICULO 549.2.º INCENDIO. CHABOLAS

(STS de 5 de junio de 1989. Pte. Sr. García Miguel)

El precepto consignado en el artículo 552 CP es residual, en cuanto que se refiere a las *coss* no comprendidas en los artículos anteriores, o sea, que en él se atiende, exclusivamente, a los daños materiales que puedan producirse con el incendio, a diferencia de lo que acontece en los preceptos anteriores, en los que se atiende tanto a los daños materiales como a las situaciones de riesgo, participando, por tanto, de un carácter mixto, como indudablemente aconteció

en el caso, sin que pueda constituir el menor impedimento para la subsunción de los hechos en el artículo 549.2 CP la naturaleza del objeto o de la cosa a la que los procesados prendieron fuego, ya que dentro del concepto de edificio o casa habitada han de comprenderse toda clase de construcciones, por modestas que sean y sea cual fueren los materiales empleados en su construcción, siempre que constituyan el hogar o lugar de alojamiento de una familia, como lo era sin duda la chabola incendiada por los procesados, pues es dejar de prestar protección penal por razón de la naturaleza de la construcción no solamente implicaría añadir a la injusticia que supone el que haya familias que tengan la desgracia de tener que vivir en construcciones de tal naturaleza, la injusticia de privarles de la protección prestada a quienes tengan la suerte de vivir en construcciones de mejor calidad, sino también el desconocer una evidente y manifiesta realidad social, como es la de la existencia de numerosas familias para quienes las llamadas chabolas constituyen su única vivienda.

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de Libros

ASCIONE, Guglielmo y DE BIASE, Domenico: «La nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale», Giuffré Editore, Milán, 1989, VIII + 174 pp.

La acomodación del ordenamiento jurídico penal (material y procesal) a las exigencias garantistas que impone al Estado la Constitución es, sin duda alguna, una actividad permanente, porque el contenido y los límites de los derechos y las libertades fundamentales, por su propia esencia, evolucionan al par de los avances técnicos, políticos, económicos y sociales. La admisibilidad constitucional de los instrumentos de tutela penal de la sociedad, en consecuencia, ha de ser constantemente replanteada, y así lo hacen los distintos Tribunales Constitucionales de los países de nuestro entorno cultural. Impulsado, por lo común, por esas resoluciones, el derecho penal comparado experimenta modificaciones que, en la medida en que inciden en instituciones jurídicas comunes, no es posible desconocer.

En esta perspectiva comparatista, el ordenamiento penal italiano constituye, posiblemente, el más claro ejemplo de esta vitalidad ordinamental: su Corte Constitucional efectúa constantes interpretaciones de las normas penales y éstas incorporan habitualmente nuevas regulaciones que se estiman más adecuadas al modelo constitucional de tutela penal.

Entre las innovaciones legislativas más recientes, la Ley 330, de 5 de agosto de 1988, tiene una doble y especial trascendencia: en primer lugar, porque introduce una nueva regulación de los procedimientos restrictivos de la libertad personal, más acorde a la prevalente posición que en el sistema constitucional italiano ocupa la libertad personal; en segundo lugar, porque este nuevo régimen legal supone (como así lo reconoce, sin ambages, la propia Exposición de Motivos de la reforma) una significativa anticipación del proceso penal que está diseñándose en Italia para un futuro muy cercano.

Las líneas de tendencia de esta reforma anunciada, en lo que se refiere a las técnicas de limitación del derecho fundamental a la libertad personal están, en efecto, ya esbozadas en la Ley 330, y son, concretamente, las siguientes: en primer lugar, la atribución a la autoridad jurisdiccional de la competencia exclusiva para la captura de los imputados, sustrayendo su titularidad al Ministerio público y a los pretores; en segundo lugar, una sustancial reforma de la detención cautelar, con previsión de medidas de coerción no restrictivas de libertad (prestación de cauciones; obligaciones de presentación periódica ante la policía judicial; prohibiciones u obligaciones de residencia, etc.), introducción del principio de

adecuación de las medidas coercitivas a la naturaleza y al grado de la exigencia cautelar que debe satisfacerse en el caso concreto, la eliminación de la obligatoriedad de la captura en determinadas figuras de delito y la desaparición de la institución de la libertad provisional, entendida como beneficio concedido por el Juez y sujeto a condiciones; en tercer lugar, una importante ampliación de las garantías de la defensa, atribuyendo a los defensores tanto el derecho a asistir a los careos entre cómplices, así como entre imputados y testigos, como la facultad de intervenir en el examen de los procedimientos restrictivos de libertad ante la Corte; y, en cuarto y último lugar, la íntegra reformulación de aquellas disposiciones que habían sido declaradas en parte constitucionalmente ilegítimas.

El libro que comento (que continúa la interesante labor glosadora que caracteriza a la colección «Teoria e Pratica del Diritto», de la Editorial Giuffrè), efectúa un análisis urgente, pero no por ello menos riguroso, de esta nueva normativa, interpretando y valorando jurídicamente las medidas que la misma incorpora. El tono general de la obra es laudatorio, y los autores no ocultan la simpatía que les provoca el texto de la norma que analizan, pero ello parece suficientemente justificado: esta reforma procesal pretende instrumentar un uso más equilibrado y responsable del poder restrictivo de la libertad personal y, para ello, la prevalencia del *status libertatis* del imputado y del respeto al principio de proporcionalidad en la aplicación de las instituciones restrictivas de libertad se configuran como elementos estructurales de carácter esencial.

Desde esta perspectiva, los autores destacan cómo la atribución al Poder Judicial de la competencia exclusiva para decretar la captura de los imputados satisface la exigencia de un más riguroso e imparcial ejercicio del poder de detención; y, en semejantes términos, se afirma que la reordenación de la custodia cautelar sigue las líneas marcadas por diversas Resoluciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, según las que la cárcel preventiva no debe ser obligatoria, debiendo orientarse su existencia al cumplimiento del principio de proporcionalidad.

El respeto a este principio se encuentra también, en opinión fundada de los autores, en la base de la cancelación de la obligación legal de captura de los autores de determinados delitos (graves, con pena superior, por lo común, a cinco años de prisión): en efecto, en el régimen normativo derogado, tal obligación se sostenía sobre la presunción absoluta de peligrosidad del sujeto imputado, en tanto que la Ley 330 establece, por el contrario, que el poder del Juez de emitir un mandato de captura sólo podrá ejercerse si es apreciable un peligro concreto, por alguno de los motivos taxativamente establecidos en el artículo 253.2 C.p.p. (subsistencia de inderogables y concretas exigencias de tutela para la consecución de específicos medios de prueba; fuga del imputado, o concreto y fundado peligro de fuga; o exigencias de tutela de la colectividad basadas en la peligrosidad del imputado, derivada de su personalidad y de las circunstancias del hecho). Aun más, para la emisión del mandato de captura no es suficiente tan sólo la concurrencia de una de estas causas, sino que es también preciso que el Juzgador valore si, por el delito por el que se procede, puede imponerse una pena que exceda de la duración de la medida cautelar. Consecuencia de ello es otra destacable innovación: si desaparecen las exigencias cautelares, el Juzgador queda obligado a decretar la libertad del imputado.

Los avances, innegables, de esta nueva regulación en orden a la protección de la libertad personal en el proceso de instrucción penal no pueden ocultar,

sin embargo, algunas disfunciones que se seguirán, necesariamente, del hecho de que los nuevos principios e instituciones han de coexistir (por la propia naturaleza parcial de la reforma) con otras disposiciones ancladas en principios no tan avanzados: las dificultades de compaginar la taxatividad de los supuestos en los que es admisible la emisión de órdenes de captura por los Jueces y Tribunales, con el ámbito de discrecionalidad con el que se configura la detención por parte de la policía judicial, y que llega a admitir incluso la detención por indicios de criminalidad (problema al que específicamente se dedican los capítulos II y III); y la confusa regulación de las competencias jurisdiccionales, así como de los recursos admisibles contra sus resoluciones, en materia de libertad personal, son posiblemente las notas más desfavorables de esta reforma. Los autores son conscientes de ello y así lo señalan, formulando incluso alguna propuesta de interpretación normativa superadora de tales conflictos.

Esta es, en fin, una obra que propicia la reflexión y el debate jurídico. Su utilidad para el investigador español, en el presente contexto de necesaria reforma de los ordenamientos penal y procesal penal, es evidente.

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Alcalá de Henares

CARBONELL MATEU, J. C.; GOMEZ COLOMER, J. L. y MENGUAL I LULL, J. B.: «Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales». Ed. Civitas, Madrid, 1987, 336 pp.

Bajo el título «Enfermedad mental y delito» se recogen tres estudios parciales del problema del tratamiento jurídico-penal que, en un sentido amplio, dispensa el Derecho español al sujeto enajenado que ha cometido un hecho típicamente antijurídico en ese estado o que devino en la enfermedad mental con posterioridad a su ejecución.

Advierten los autores en la nota preliminar que esta monografía es el resultado de la actualización y recomposición del Informe solicitado por el Ministerio de Justicia italiano sobre este problema en España con el fin de integrar, junto con otros extranjeros, un estudio de Derecho Comparado en el que se atendieran las vertientes jurídico-penal, jurídico-procesal y psiquiátrica de la enfermedad mental, aspectos que se corresponden, precisamente, con las tres partes del libro a las que a continuación voy a referirme.

I. Primera parte: Aspectos penales, por Juan Carlos Carbonell Mateu

El autor aborda en esta sección la cuestión central que el problema plantea en el ámbito jurídico-penal, esto es, la imputabilidad, en torno a la cual lleva a cabo el análisis de las manifestaciones jurídico-positivas de la inimputabilidad, como exigente completa o incompleta, por razón de la enfermedad mental (enajenación mental) y por causa de alteraciones en la percepción, así como el estudio

de las consecuencias previstas para tales casos (las medidas aplicables y la responsabilidad civil). A este estudio añade unos comentarios dedicados a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal, de 1983. A la descripción de estos contenidos dedicaré las siguientes líneas.

1. Previamente, el profesor Carbonell considera necesario realizar unas consideraciones sistemáticas y dogmáticas sobre el papel desempeñado por la imputabilidad en la teoría del delito, ante la falta de un concepto legislativo al que acogerse y la diversidad de concepciones doctrinales existentes sobre él. Con este fin, expone su concepción de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad y de ésta como reproche personal por la infracción del deber, y en este sentido identifica «capacidad de culpabilidad» y «capacidad de deber», señalando que tal capacidad sólo se puede concebir si el sujeto es apto para ser obligado por un deber jurídico, único supuesto en el que podría sufrir un reproche como consecuencia de su incumplimiento.

Pero la capacidad de deber requiere la admisión de la posibilidad de que el individuo se determine de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento jurídico, por lo que precisa, en todo caso, el reconocimiento del libre albedrío en el sujeto, cuestión ésta sumamente controvertida en la doctrina por su indemostrabilidad.

No obstante, de acuerdo con las tesis de Cobo del Rosal y Vives Antón, entiendo el autor que desde la libertad se explica mejor el Derecho penal y, en este sentido, considera vanos los intentos llevados a cabo por otros autores bien para prescindir de la culpabilidad como elemento del delito, bien para proponer una nueva concepción de ella que soslayase el problema de la libertad humana, por incurrir siempre en cierta circularidad argumentativa que termina por requerir la admisión de la libre determinación de la voluntad en el sujeto.

2. Entrando en el análisis del texto legal (art. 8.º 1.º C.p.), el autor se pronuncia favorablemente por una concepción psicológica de la enajenación con el deseo de dotar a este vago concepto de una extensión (conforme con su idea de la imputabilidad) de la que ha carecido tradicionalmente para la jurisprudencia. Admite, así, la posibilidad de un concepto normativo de la misma, de acuerdo con la definición dada de la inimputabilidad como capacidad de deber (esto es, de reproche por la infracción del deber de abstenerse de cometer conductas antijurídicas).

De acuerdo con ello, para conseguir esa mayor amplitud, procede a relativizar los tres requisitos que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo para la apreciación de este estado (el origen patológico, la producción de un efecto psicológico consistente en la total anulación de la inteligencia y/o voluntad del sujeto y la permanencia de la situación), al mismo tiempo que reclama, para su determinación, una más estrecha colaboración entre el juez y el psiquiatra, y para la imposición del tratamiento más adecuado, la audiencia —ineludible— de este último.

3. Centra el profesor Carbonell el comentario relativo a las medidas de seguridad en torno a la más grave de las que se contemplan en el artículo 8.º 1.º del Código: el internamiento. En cuanto que en esta medida la curación resulta útil para la prevención de los bienes, estima compatible su simultáneo contenido curativo y asegurativo, aunque advierte que, por su propio carácter, sólo deberá imponerse —como el respeto de las medidas previstas— en aquellos casos en los

que conste la peligrosidad del sujeto y, únicamente, durante el tiempo estrictamente necesario.

A propósito de esto, recuerda que en Italia se declaró inconstitucional la presunción —*iuris et de iure*— de peligrosidad criminal, contenida en los artículos 222.1.º, 204.2.º y 209.2.º del Código penal. Con base en el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional italiano estimó que así como para el sujeto imputable se hace necesario comprobar la culpabilidad, para el inimputable es preciso confirmar la peligrosidad. En este sentido, la imposición obligatoria de una medida de seguridad por el Código penal español —sin previa comprobación de la peligrosidad del sujeto— presenta, en opinión del autor, idénticos visos de inconstitucionalidad.

4. Las alteraciones en la percepción (art. 8.3.º C.p.) son objeto de atención en este estudio en cuanto que constituyen una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal basada en la producción de un efecto psicológico (asentado esta vez sobre una base indudablemente biológica) consistente en la incapacidad de motivación normal del sujeto, efecto que coincide con el requerido para la exención de responsabilidad por causa de enajenación. Siendo así, y atendido el carácter más acorde de la medida prevista para el caso de las alteraciones en la percepción, entiende el autor que este supuesto del número tercero ha de ser, en su caso, de aplicación preferente a la enajenación mental.

Ello no obstante, critica el preceptivo internamiento del sujeto en un centro educativo especial, así como considera cuestionable la virtualidad práctica de alguna de las medidas que se ofrecen como sustitutivas a aquélla.

5. El análisis de la circunstancia eximente incompleta se refiere a una cuestión de orden formal y a otra de orden material. La primera hace referencia al término «semiimputabilidad», que el autor considera inadecuado atendiendo a que la imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, ha de apreciarse o no, enteramente considerada, lo que no constituye óbice alguno para la consideración de las condiciones particulares del individuo a la hora de la determinación de la pena.

La segunda cuestión es la relativa al pretendido sistema vicarial, introducido por la Reforma de 1983, por el que el tribunal puede dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al tratamiento (a los resultados de la medida de seguridad). Opina el autor que este sistema puede dar lugar a un trato discriminatorio de dudosa constitucionalidad al olvidar que el semiimputable ha sido considerado merecedor de una pena, además de peligroso.

6. Como consecuencia patrimonial del hecho típicamente antijurídico causado por el inimputable, prevé el artículo 20 del Código la responsabilidad civil. Tras la Reforma de 1983 queda claro que tanto los delitos cometidos en estado de enajenación como en situación de trastorno mental transitorio originan esta responsabilidad y se termina con la presunción de la culpa in vigilando en el guardador legal o titular de la patria potestad en los casos en que el inimputable ocasionó el daño, de modo que sólo cuando concurre negligencia en el guardador pasa éste a responder por el daño causado, rigiendo, en los demás casos, los «criterios generales de la responsabilidad civil».

7. El comentario destinado a la vigencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social es, efectivamente, breve y tajante, de acuerdo con el ánimo con el que lo aborda el autor. Su conexión con el tema de este estudio se halla en

el hecho de que la embriaguez habitual y la toxicomanía se configuran en esta Ley como estados peligrosos, al mismo tiempo que son estados susceptibles de integrar situaciones de trastorno mental transitorio.

Crítica por ello la violación del principio «non bis in idem» y también la previsión de medidas predelictuales —e incluso «paradelictuales»— y señala que esta ley constituye el mayor peligro legal del Estado de Derecho, por lo que pide su inmediata derogación.

8. Para terminar, comenta brevemente la nueva regulación de esta materia por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal, de 1983, que estima más deseable que la actual.

II. Segunda parte: Aspectos procesales, por Juan Luis Gómez Colomer

En el ámbito jurídico-procesal el problema de la enajenación y del trastorno mental transitorio se plantea de forma distinta según el momento en el que la afeción mental tiene lugar. Efectivamente, tanto las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las que a este tema refiere el Código penal, parten de diferentes presupuestos de capacidad procesal en el imputado y establecen diversas formas de proceder en el proceso según que la alteración de las facultades mentales se produzca en el sujeto simultánea o posteriormente a la comisión del hecho típico.

1. En primer lugar, el autor se ocupa de la capacidad del imputado para comprender la acusación, seguir los actos procesales y ejercer su derecho a la autodefensa (capacidad procesal). A este respecto señala que aunque quien es inimputable es incapaz de participar conscientemente en juicio, el Derecho presupone la capacidad procesal en el sujeto en el caso de que la afeción mental concurra en el momento de realizar el hecho para que se pueda celebrar el juicio en el que se despejen las dudas sobre su salud mental. (El profesor Gómez Colomer elude, en este punto, la virtualidad fundamental del juicio, en estos casos, para la determinación —previa a otro pronunciamiento— de la comisión o no de un hecho típico y de la antijuridicidad de la conducta.)

2. En segundo lugar, el estudio se dedica al análisis del tratamiento que la legislación procesal prevé para los supuestos en que, como ya he señalado, la afeción mental sea coetánea o sobrevenida a la realización del hecho típicamente antijurídico.

2.1. La forma de proceder ante la comisión del delito en estado de enajenación o trastorno mental transitorio se resuelve atendiendo a las —escasas— reglas que proporciona la LECrim. y a las que dedica el Código penal. Aun cuando los actos procesales a seguir son los comunes al proceso ordinario, conviene destacar las singularidades que el autor plantea, concretamente, en cuanto a las medidas cautelares, la forma de la resolución del tribunal y la ejecución de la medida de internamiento.

Considera que como medida cautelar sólo puede adoptarse —aparte de las que de carácter patrimonial corresponden— el internamiento en un centro psiquiátrico penitenciario, ya que, sin perjuicio de la previsión de otras medidas por el Código penal, parece ésta la más aconsejable y la más utilizada en la práctica (aunque con frecuencia se interna al imputado en un establecimiento penitenciario normal ignorando la necesidad de asistencia psiquiátrica que presenta).

Por lo que se refiere a la forma de la resolución judicial con la que se ha de poner fin al proceso, entiende el autor que caben, ante la concurrencia de una eximente completa, las dos posibilidades que ofrece la LECrim: el auto de sobreseimiento libre (art. 637.3.º) o la sentencia absolutoria. Aunque indica que en la práctica el cauce del sobreseimiento no se utiliza, sostiene la posibilidad de recurrir a él en aquellos casos en los que conste al tribunal la certeza de la concurrencia en el sujeto de la eximente primera del artículo 8.º del Código; por consiguiente, en estos supuestos el órgano jurisdiccional deberá proceder exactamente igual que si hubiera dictado sentencia absolutoria y, así, impondrá la medida de seguridad que considere apropiada conforme a aquel precepto. En el caso de que la resolución judicial sea una sentencia, si el tribunal considera al acusado inimputable, fallará la absolucón por enajenación mental, trastorno mental transitorio o alteración en la percepción y decretará, si fuere enajenación, el internamiento del sujeto en el centro psiquiátrico penitenciario; además, la sentencia habrá de resolver la cuestión de la responsabilidad civil y dará paso a la iniciación del procedimiento civil de incapacitación.

Las consideraciones del autor acerca de la ejecución de la medida de internamiento presentan también un interés suficiente para destacarse en estas líneas, de acuerdo con su propósito. Se advierte que la regulación de este tema presenta inadmisibles lagunas y que existe la general opinión de que todo lo que afecta al trastornado mental es un «auténtico desastre» en la actualidad. Su pormenorizado análisis desciende en este punto al detalle del procedimiento a seguir para el internamiento del enajenado, de la enumeración de los tipos de centros psiquiátricos existentes y al modo de conclusión del internamiento. Procederé a reseñar algunos aspectos sobre el tratamiento de estas dos últimas cuestiones.

Con respecto a los centros psiquiátricos, teóricamente —como apunta el autor— el trastornado sólo puede ser internado en uno de los dos Sanatorios Psiquiátricos Penitenciarios existentes (en Alicante y Madrid), pero por razones prácticas (falta de plazas, cambios de criterio de internamiento psiquiátrico) los tribunales obligan, en ocasiones, a internar al enajenado en las Salas Psiquiátricas de los Hospitales Provinciales o en los Hospitales Psiquiátricos Provinciales. La escasez de centros hace que el cumplimiento de la medida suele a veces producirse en un centro no adecuado y pone de manifiesto el riesgo que existe para los derechos del internado por la pérdida de contacto con el abogado y con el tribunal sentenciador, cayendo con frecuencia su caso «en el olvido de un expediente empolvado» en una lejana Audiencia.

La terminación de la medida de internamiento tendrá lugar bien en el momento en que sea sustituida por otra de las que ofrece al Código, bien llegado el momento en que se cumpla el tiempo que habría correspondido a la pena impuesta por el delito cometido en condiciones de impuntabilidad, sin perjuicio de que, de «lege data», la duración del internamiento sea indeterminada. Ello no obstante, esta reclusión podrá continuar, en el mismo centro o en otro, si persistiesen razones que desaconsejasen la puesta en libertad del enajenado, pero ello sólo podrá ser a partir de una orden judicial de naturaleza civil.

2.2. El estudio del procedimiento a seguir en los casos en los que la enajenación sobrevenga tras la comisión del hecho resulta más completo porque requiere una solución en cada uno de los momentos en los que pueda acaecer. La LECrim. atiende a algunos de estos casos, pero ha olvidado señalar qué hacer

cuando el trastorno devenga en el momento de la detención policial o estando la causa en la fase intermedia o en la de juicio oral. Al modo en que el profesor Gómez Colomer soluciona estos supuestos voy a referirme a continuación.

Con respecto al primero de ellos, cuando después de la detención del sospechoso se advirtieran en él síntomas de enajenación, la policía debe suspender inmediatamente sus averiguaciones personales y remitir al detenido a la Autoridad judicial según se deduce de la normativa general de la LECrim. respecto a la detención y de la particular relativa al trastorno sobrevenido en el sumario.

Cuando la enajenación sobrevenga en el momento de la fase intermedia, concluido ya el sumario y pendiente aún de apertura el juicio oral, en opinión del autor, procede la aplicación —con algunas particularidades— de las mismas normas que regulan el trastorno sobrevenido durante el sumario, pues hasta el momento de la acusación las normas procedimentales tenderán a meritarse si se puede acusar o no.

No es tan sencilla la solución al caso de la enajenación que sobrevenga una vez abierto el juicio oral. La falta de regulación es aquí especialmente grave, aunque determinar cuál sea la legislación a aplicar no constituye una tarea tan ardua (la solución más adecuada consiste en recurrir a las normas establecidas por la LECrim. para el trastorno mental sobrevenido en el sumario) como la de la fijación de sus efectos. Efectivamente, el contenido del artículo 383.I requiere un detenido análisis, pues cambia el momento en el que la afección se presenta.

Y concluye el profesor Gómez Colomer que el sumario habrá de permanecer abierto, el tribunal deberá dictar un auto de archivo en el momento en que aprecie el trastorno mental, ordenar, en su caso, la práctica de la pericia psiquiátrica y la revocación de las medidas cautelares personales, la conservación de las patrimoniales, el destino de las piezas de convicción y el inicio del proceso civil de incapacitación. No parece que ello deba producir, sin embargo, la suspensión de la causa, pues el carácter indefinido de su paralización dota al acto del tribunal de efectos más bien interruptorios. Lo que dará lugar a las consecuencias previstas en el artículo 749 de la Ley procesal penal, aunque indica el autor que una mejor solución que la propuesta por este precepto respecto a la repetición de la vista, sería la de reiterar toda la fase del juicio oral y, previamente, la intermedia, para que las partes pudieran ejercer su derecho, al control de la formación del sumario. Por último, también procedería la imposición de cualquiera de las medidas ofrecidas por el artículo 8.1.º del Código penal.

3. Esta parte correspondiente al estudio de los aspectos procesales concluye con unas consideraciones acerca del derecho de defensa del trastornado mental, fundamentalmente referidas al control de la fase ejecutiva, y sobre las particularidades que el tema de la enajenación presenta en el proceso de menores.

III. Tercera parte: Aspectos psiquiátricos, por Joan B. Mengual i Lull

La última parte de este estudio de la enfermedad mental como hecho con virtualidad jurídico-penal, se refiere a la vertiente médica del problema, al análisis desde el punto de vista psiquiátrico de las circunstancias legales de exención de la responsabilidad relacionadas con la enfermedad mental, en sus aspectos terminológicos y conceptuales.

1. Su autor comienza exponiendo el cuadro legislativo vigente —penal y civil— sobre el enfermo mental y comentando la deficiente situación general de la asistencia psiquiátrica en España. Aborda, a continuación, el estudio del peritaje psiquiátrico, en el que advierte contradicciones en cuanto a su función, problemas metodológicos y procedimentales (entre otros, la peritación «ex post facto») y discrepancias entre quienes han de efectuarlo, dificultades todas para una conciliación entre las demandas legales de determinación de la peligrosidad del sujeto enajenado (el autor denomina a este sujeto «n=1», por rigor científico y por consideraciones humanitarias y éticas) y las posibilidades científicas que la Psiquiatría ofrece para ello. Sobre estos antecedentes, desarrolla detenidamente los supuestos de la enajenación mental, del trastorno mental transitorio y de las alteraciones en la percepción y dedica unas consideraciones a la minoría de edad, para terminar con unas referencias críticas al exhibicionismo, a la conducta alcohólica y al trastorno mental sobrevenido al delito, como destacados problemas aplicativos con relación a las categorías de la enajenación mental y del trastorno mental transitorio.

2. El análisis de los tres supuestos centrales de la inimputabilidad (enajenación, trastorno mental transitorio y alteraciones en la percepción) se orienta a mostrar las dificultades aplicativos que en la práctica plantea la divergencia existente entre la terminología legal, jurisprudencial y psiquiátrica y acerca de la intensidad y la extensión de estos conceptos.

El autor señala que el cuadro de enfermedades que el Derecho penal entiende susceptibles de dar lugar al estado de enajenación —psicosis, oligofrenias, psicopatías y neurosis— resulta incompleto, obsoleto y falto de rigor técnico. Los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de estas afecciones mentales se basan en viejas nomenclaturas y anticuadas clasificaciones y al mismo tiempo que contienen afirmaciones que muestran un absoluto desfase con los avances de la medicina, comprenden otros que pretenden cerrar categóricamente debates aún pendientes de solución en el seno de esta ciencia. Parten, así, del establecimiento de orígenes de los trastornos que aún se consideran inciertos por las ciencias de la conducta, mezclan posturas psicoanalíticas con otras procedentes de psicologías animistas o propias de la psicología cognitiva, hablan de «inteligencia» y «voluntad» con gran vaguedad y dificultando la aproximación del lenguaje científico, requieren imprecisos elementos cualitativos, cuantitativos y cronológicos para el encaje del padecimiento en la categoría de la enajenación o del trastorno mental transitorio, y ordenan el internamiento independientemente de lo inadecuado que pueda resultar esta medida desde el punto de vista terapéutico estimado por los médicos. Con tales afirmaciones se erigen los tribunales, en fin, en psiquiatras, pues, de acuerdo con sus declaraciones, «no es preciso poseer especiales conocimientos psiquiátricos» para saber cómo proceder en algunos de estos casos; en los demás, no obstante, basta —según entienden— con recurrir al precedente.

3. Finalmente, estima el autor que la categoría híbrida del trastorno mental transitorio debe desaparecer por la falta de rigor científico de su concepto y por las extremas dificultades que existen para su práctica apreciación debido al ineludible carácter «ex post facto» del peritaje. Y en cuanto a las alteraciones en la percepción, destaca la incertidumbre de sus contenidos y critica la incomprensible previsión de la medida de internamiento para una categoría que, en principio,

puede ser susceptible de acoger estados de muy diversa especie no todos, quizá, necesitados de tan extrema medida.

Valoración final

Este libro constituye en la actualidad la obra más completa con la que se cuenta en España sobre el tratamiento jurídico-penal, procesal y psiquiátrico de la enajenación mental como circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad criminal. La oportunidad del tema, su acertado desarrollo interdisciplinar y su adecuada estructura y visión pormenorizada de los problemas que se tratan en cada una de las partes, proporcionan un amplio análisis de la realidad teórica y práctica de la enfermedad mental en ámbito del Derecho penal español, del que resultan decididas críticas, tomas de posición y posibles soluciones con respecto a muchas de las cuestiones abiertas que el tema presenta. La extensa bibliografía que se aporta contribuye también, finalmente, al ya destacado interés de la obra.

ANTONIO DOVAL PAÍS
Becario de Investigación.
Area de Derecho penal.
Universidad de Alicante

NOTICIARIO

NUEVO CATEDRATICO DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha obtenido la Cátedra de Derecho penal don Antonio Cuerda Riezu, en la Universidad de León.

MANIFIESTO POR UNA NUEVA POLITICA SOBRE LA DROGA

Los abajo firmantes, juristas preocupados profesionalmente por la problemática de la drogadicción, desean llamar la atención de la sociedad española en general y de los poderes públicos en particular sobre el fracaso que ha obtenido la acentuación de la política represiva producida en los últimos años.

1. Ante todo, no se han logrado las metas supuestamente perseguidas: Erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas. Pese a la frecuencia de los decomisos se acepta de modo generalizado que el porcentaje de droga interceptada es mínimo respecto al cada vez mayor que se pone a disposición de los consumidores. Tal aumento de la oferta está en consonancia con el continuado incremento de la demanda por parte de los consumidores.

2. Simultáneamente, la droga se ha convertido en un producto muy caro, datos los elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar con un producto tan perseguido. Esto ha originado, en primer lugar, la aparición de poderosas organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón en toda la historia de la criminalidad y que en sus niveles medios y superiores eluden fácilmente la persecución penal. En segundo lugar, causa o agrava la marginación social de una buena parte de los consumidores que no poseen los medios económicos necesarios para adquirir la droga, lo que les obliga a realizar actividades asociales o a caer en la delincuencia.

3. Consecuencia de lo anterior es que los recursos del sistema judicial penal se ven desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas. Del mismo modo, el aumento de la población reclusa a que esa criminalidad está dando lugar empeora notablemente las condiciones de habitabilidad de las prisiones, dificulta aún más la aplicación de la Ley General Penitenciaria y refuerza las mafias carcelarias conectadas al suministro de drogas a los internos.

4. Las negativas repercusiones sobre la población en general son evidentes: Ella es la que sufre directamente el inusitado aumento de la delincuencia dirigida a procurarse dinero para adquirir droga. Ella es asimismo la que padece medidas indiscriminadas de control de esa delincuencia poco respetuosas con los principios de un Estado de Derecho, como las redadas masivas o los reconocimientos anales y vaginales.

5. El Estado de Derecho está siendo conmovido igualmente desde otros puntos de vista: Ante todo, la acentuación de la vía represiva ya ha mostrado que no se detiene ante los principios garantistas del Derecho Penal, habiéndose creado figuras delictivas que violan los principios de seguridad jurídica o de proporcionalidad de las penas. Por otra parte, el poderío económico de los traficantes de medio y alto nivel les permite corromper instituciones esenciales de las democracias, desde los órganos de persecución penal hasta las más altas instancias representativas, por no citar las instituciones financieras.

6. En otro sentido, la protección de la salud a la que se aspira con semejantes preceptos resulta notablemente distorsionada. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que suele ser habitual en nuestra sociedad entre ciudadanos adultos, no se respeta el principio de que la salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada. En segundo lugar, porque es precisamente la prohibición la que, al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el consumidor en cada caso, lo que es origen de daños tan importantes a la salud como las muertes por sobredosis, SIDA, hepatitis B u otras complicaciones sanitarias. A su vez, la regulación represiva, al suponer una mayor marginación del consumidor, lejos de obtener la tutela de la libertad de auto-determinación del ciudadano, produce un efecto pernicioso para la misma.

7. Los efectos de la prohibición a nivel internacional son igualmente negativos. La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos: Se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última. Por otra parte, la necesaria expansión de los principios de Derecho internacional se realiza en clave represiva y en detrimento de la soberanía de los Estados más débiles.

8. La actual política básicamente represiva tiene nefastos efectos sobre los imprescindibles esfuerzos dirigidos a la prevención, entendida como la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y responsabilidad personales. Por una parte, fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud. Por otra, permite eludir las responsabilidades de la propia sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos.

9. Por otro lado, la actual política represiva se limita a la adopción de una intervención asistencial centrada en un porcentaje mínimo de consumidores —los más deteriorados—, impide la asunción de objetivos que tiendan a mejorar sus condiciones personales, familiares y sociales, y privilegia la confusión entre asistencia y control con efectos claramente perniciosos.

Ante esta situación, creemos que es hora de frenar la tendencia hacia el aumento de la represión, cuyos ejemplos últimos son la reforma española de 1988 y la

Convención de las Naciones Unidas del mismo año, manifestándonos asimismo rotundamente en contra de cualquier intento de penalización del consumo. Se ha de reflexionar seriamente sobre el posible desarrollo de otras alternativas que alteren el actual énfasis puesto en las medidas represivas penales.

La nueva política debería trasladar el centro de atención al campo de la prevención de la demanda y la asistencia a los consumidores. Sólo una intervención preventiva basada en mensajes positivos, realizada por los cauces y agentes normales de la intervención educativa y una política asistencial centrada en el objetivo de reducir los riesgos derivados del consumo puede tener una razonable esperanza de éxito.

No debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos; antes bien, estos deberían tener la posibilidad de acceder legalmente a la posesión de las mismas.

Es preciso un análisis normalizado de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas que lleve a su tratamiento en consonancia con los principios que rigen en Derecho penal respecto a comportamientos similares.

Nadie duda que debería existir un estricto control administrativo de su producción y venta, con especial atención a la calidad de la sustancia, y que las infracciones más graves de tal control pudieran constituir delito, a semejanza de lo que sucede con los productos alimenticios o con medicamentos u otras sustancias que pueden ser nocivas para la salud.

También debería merecer consideración por parte del Derecho penal el suministro de drogas a menores de edad o a personas carentes de modo evidente de capacidad de decisión autónoma, del mismo modo que sucede en relación con otros ámbitos vitales.

Las dificultades de aplicación de los preceptos penales en los dos sectores citados terminarían siendo semejantes a las actualmente existentes en los ámbitos que se toman como modelo, donde tales dificultades se consideran socialmente aceptables. La probable persistencia del tráfico ilícito en esas esferas no debe hacer olvidar que el mercado ilegal, con sus secuelas ya conocidas, habría sufrido una sustancial restricción.

Adoptadas las vías penales anteriores, parece lógico pensar que se produciría una notable disminución del poder de las grandes organizaciones de narcotraficantes: el volumen de tráfico ilícito se reduciría de modo decisivo, y el margen de beneficio de este tráfico, o del ilícito si se readaptaran a él, sería mucho menor. En cualquier caso, sus persistentes comportamientos ilícitos debieran tratarse en el marco de los delitos contra el orden socioeconómico.

La dimensión internacional es básica para la efectividad de estas propuestas. Las esferas oficiales españolas deben, sin embargo, dejar de utilizar este hecho como una coartada: en el plano nacional rechazan entrar en el debate político-criminal alegando que éste debe situarse en un nivel supranacional, y simultáneamente, cuando acuden a los foros internacionales correspondientes, los representantes oficiales españoles adoptan actitudes claramente promotoras de la represión o, cuando menos, tendentes a rehuir el debate y absolutamente receptivas a las nuevas propuestas endurecedoras de la punición.

Por todo lo anterior, los abajo firmantes instan a los poderes públicos a que fomenten abiertamente un debate en la sociedad española en los términos antedichos, abandonando actitudes de descalificación hacia la denominada alternativa despenalizadora, y haciendo llegar estas inquietudes a las instancias oficiales in-

ternacionales. Del mismo modo los signatarios de este documento se comprometen a aunar esfuerzos de cara a concretar progresivamente la alternativa esbozada.

En Málaga, a 2 de diciembre de 1989.

Perfecto Andrés Ibáñez, Magistrado-Juez de la Audiencia Provincial de Madrid.
Heriberto Asencio Cantisan, Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla.
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

Javier Boix Reig, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante.
Juan Bustos Ramírez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Rocío Cantarero, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

Juan Carlos Carbonell Mateu, Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de las Islas Baleares.

Clara M. Careaga, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Manuela Carmena Castrillo, Magistrada-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Madrid.
Cándido Conde-Pumpido Tourón, Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia.
José Luis Díez Ripollés, Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de Málaga.

María Dolores Fernández Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

Ana Ferrer García, Magistrada-Juez de Instrucción de Madrid.

Mercedes García Arán, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Enrique Gimbernat Ordeig, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

José Luis González Cussac, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

Carlos González Zorrilla, Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Luis Gracia Martín, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

Soledad Jurado Rodríguez, Magistrada-Juez de Distrito de Málaga.

Gerardo Landrove Díaz, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

José Manuel Lorenzo Salgado, Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela.

José Luis Manjón-Cabeza Marín, Juez de Distrito de Fuengirola.

Borja Mapelli Caffarena, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

María Luisa Maqueda Abreu, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

Javier Martínez Lazaro, Magistrado-Juez de Instrucción de Barcelona.

Fermín Morales Prats, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona.

Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Joaquín Navarro Esteban, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

Ventura Pérez Mariño, Magistrado-Juez de lo Penal de Burgos.

Mario Pestana Pérez, Juez de Instrucción de San Lorenzo de El Escorial.

Bernardo del Rosal Blasco, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

Ramón Sáez Valcárcel, Magistrado-Juez de Distrito de Madrid.

Juan Terradillos Basoco, Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de Cádiz.

José Manuel Valle Muñiz, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona.

Ramiro Ventura Faci, Juez de Menores de Barcelona.