

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

¿El fin justifica los medios?

Comentarios a las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional
y el Tribunal Supremo en el «caso De Juana Chaos»

MARIONA LLOBET

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, las reglas de la acumulación jurídica que rigen en los casos de concurso real de delitos y que limitan la acumulación material de condenas (la mera suma aritmética) tienen como consecuencia que la permanencia en prisión de cualquier condenado no pueda sobrepasar un determinado número de años (1). Desde 1973 hasta 2003 dicho límite máximo se cifraba en 30 años (2). De este

(1) Por las penas impuestas en un mismo proceso, o en distintos «si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo» (arts. 70.2.^a *in fine* CP'73 y 76.2 CP'95). En este sentido, QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal*, p. 99, pone de relieve que «el sistema de acumulación *jurídica* hace que en el concurso de delitos la pena no pueda en ningún caso superar (en una misma sentencia) un determinado número de años». Por tanto, como indica RÍOS MARTÍN, «Realidad penitenciaria: la justicia penal vista desde las consecuencias», pp. 523 ss., ninguna pena por hechos cometidos con posterioridad a la condena firme preexistente puede refundirse, lo que conlleva que existan «sentenciados de hecho a cadena perpetua».

(2) Cfr. el artículo 70.2.^a CP'73, y el 76.1.b) CP'95 antes de la reforma operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas. Desde la entrada en vigor de esta ley, el límite máximo de cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico es de 40 años [art. 76.1.c) y d) CP].

modo, aunque se hubieran cometido delitos muy graves «por valor» de 100, 500 ó 1.000 años, la pena quedaba reducida a 30. Además, el Código Penal de 1973 preveía la redención de penas por el trabajo. En virtud de este beneficio penitenciario, el condenado que observara buena conducta podía ver acortada su pena en un tercio si trabajaba, puesto que dos días de trabajo reducían la condena en un día (3). Sin embargo, la redención de penas se concedía de manera general y automática (4), por lo que, bajo la vigencia del anterior Código Penal, las penas de 30 años quedaban, como mucho, en 20 años (5).

El legislador de 1995 derogó dicho beneficio (6). No obstante, en aplicación del principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables, la redención de penas por el trabajo siguió aplicándose cuando éstas se habían impuesto por hechos cometidos antes de la entrada en vigor del actual Código Penal (7). De este modo, los te-

(3) Cfr. el artículo 100 CP'73. Además, el artículo 71 RSP (Reglamento de Servicio de Prisiones, anterior reglamento penitenciario) preveía las redenciones extraordinarias con el límite de uno por cada día de trabajo y de 175 por cada año de cumplimiento efectivo de la condena. De este modo, como indican TAMARIT SUMALLA, GARCÍA ALBERO, RODRÍGUEZ PUERTA, SAPENA GRAU, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., p. 193, «un interno podía llegar a obtener en un solo año de cumplimiento efectivo de la pena, un máximo de 250 días gracias a las redenciones extraordinarias, teniendo en cuenta el máximo de 182 días y medio que podía obtener anualmente vía redenciones ordinarias».

(4) En este sentido, la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente», pp. 324-325, denunció, en 1993, que hasta ese momento «sólo una escasa proporción de población reclusa se hac[ía] acreedora al beneficio redentor ordinario (...), que sin embargo se aplica[ba] a la inmensa mayoría», por el esfuerzo «de limpiar la celda y hacer la cama». Y, respecto al extraordinario puso de relieve que se conseguía «por destinos ocupacionales o tareas tales como escuela, talleres y cursillos, h[ubiera] o no algo de extraordinario en ellos». Por esta razón, su conclusión fue que «la generosidad en la aprobación de las redenciones de penas por el trabajo, no la p[odían] determinar el automatismo y la inercia, sino el esfuerzo del redentor».

(5) Digo como mucho porque según datos de 1993 de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente», pp. 324-325, cerca del 90 por 100 de la población penitenciaria era propuesta para gozar de redenciones extraordinarias. De este modo, como pone de relieve RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria*, p. 718, publicado en 2006, las redenciones de penas «han dado lugar a que presos etarras con penas superiores a 30 años de prisión, estén a punto de extinguir su condena tras cumplir 18 años de privación de libertad».

(6) Véase la disposición transitoria segunda CP'95.

(7) El voto particular a la STS de 28 de febrero de 2006 (ponente Sánchez Melgar), «caso Parot» –suscrito por tres magistrados: José Antonio Martín Pallín, Joaquín Jiménez García y Perfecto Andrés Ibáñez–, pone de relieve que en la comparativa de penas entre ambos cuerpos legales respecto a los hechos cometidos bajo

roristas más sanguinarios de ETA, condenados a mediados de los años 80 «a cientos o miles de años de prisión» (8), empezaban a vislumbrar el fin de su castigo hacia el 2003 (9).

Todo indica que para calmar esa sensación de impunidad e injusticia se aprobó la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas (10). Sin embar-

la vigencia del Código Penal de 1973, todos los Tribunales tomaron en cuenta tal beneficio a la hora de establecer cuál era el más benigno para el reo. En este sentido, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 18 de julio de 1996 sostiene que la redención de penas por el trabajo es aplicable a las condenas por hechos cometidos antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el 25 de mayo de 1996. En la doctrina, RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria*, p. 718, explica que la Circular 1/1996, de 22 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, intentó infructuosamente la anulación retroactiva de redenciones de penas, puesto que algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en 1996, «resolvieron de manera contraria a lo pretendido por la Fiscalía General».

(8) Digo a cientos o miles de años porque ésta es la sensación que transmiten los medios de comunicación. En tal sentido, tómense como ejemplos las siguientes noticias. En *El Mundo* (www.elmundo.es, cursiva añadida): «Condenan a los etarras “Pakito” y “Fitipaldi” a 220 años» (2 de diciembre de 2002). En *El País* (www.elpais.com, cursiva añadida): «Urrusolo, condenado a 103 años de cárcel por el atentado contra una casa-cuartel» (10 de junio de 2002); «La Audiencia condena a los etarras Santi Potros y Tigresa a más de 1.500 años de cárcel» (10 de julio de 2003). En *El Periódico* (www.elperiodico.es, cursiva añadida): «Indemnizada la niña que nació sorda tras el atentado de Hipercor. El tribunal condena a 790 años de prisión a los etarras “Santi Potros” y Caride por los asesinatos» (26 de julio de 2003). En *La Vanguardia* (www.lavanguardia.es, cursiva añadida): «Más de 2.000 años para dos etarras por la masacre de Zaragoza» (3 de junio de 2003); «Condenados cuatro etarras a entre 93 y 97 años por el asesinato de un ertzaintza» (7 de noviembre de 2003). Sin embargo, respecto a la publicación de esta clase de titulares, QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal*, p. 100, texto y nota 89, considera que «una cierta parte de responsabilidad la tienen los Tribunales penales que permiten que se divulgue que la condena ha sido a, por ejemplo, doscientos años de prisión, cuando es evidente que esa magnitud punitiva no es la efectivamente determinada como pena, dadas las reglas sobre tiempo de cumplimiento máximo». Por último, los políticos también realizan esta clase de afirmaciones. Por ejemplo, cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, p. 11859, que recoge los siguientes datos presentados por el señor Michavila en la Sesión Plenaria celebrada el 6 de marzo de 2003: «Se dan casos como el de un terrorista asesino condenado por cometer seis asesinatos a un total de 221 años de prisión» o «casos como el de otro terrorista asesino condenado por matar a cuatro guardias civiles y a dos policías nacionales a 160 años de prisión».

(9) En este sentido, *La Vanguardia* de 14 de enero de 2005 (www.lavanguardia.es), publicó la siguiente noticia: «La Audiencia Nacional cifra en una treintena los etarras que este año saldrán de prisión».

(10) Cfr. LLOBET ANGLÍ (2007), «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas», pp. 22 ss.

go, la citada ley no conseguía evitar la excarcelación de etarras que habían sido condenados dos décadas atrás a 30 años de prisión y que se beneficiaban de la redención de penas por el trabajo, hubiera o no motivos para su concesión; ni, por tanto, la indignación ciudadana. Había que «hacer algo» (11).

Pues bien, este «algo» llegó a través de nuestros Tribunales (12) de la mano del «caso Parot». Primero, mediante el frustrado intento de la Audiencia Nacional, en su Auto de 26 de abril de 2005, de cambiar la interpretación de la conexidad exigible para la acumulación jurídica de condenas (13). Segundo, a través de la STS de 28 de febrero

(11) MANZANARES SAMANIEGO (2006), «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», hace referencia a «la lógica indignación ciudadana por la pronta excarcelación de peligrosísimos asesinos terroristas», la cual ha precedido a las resoluciones judiciales del «caso Parot». Por su parte, DE LA CUADRA, «De Juana y los jueces», apunta que llegada la hora de la excarcelación definitiva de Iñaki de Juana Chaos, «las alarmas políticas y mediáticas desencadenaron un nuevo proceso judicial».

(12) MANZANARES SAMANIEGO, «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», pone de relieve «la presión ambiental, e incluso política, a que los jueces y tribunales se hallan sometidos en cuanto concierne a la represión del terrorismo». En este sentido, es significativa la noticia aparecida en *El País* de 20 de febrero de 2007 (www.elpais.com), en la que se informaba sobre la concentración convocada por la asociación de víctimas del terrorismo para protestar contra la Sentencia del Tribunal Supremo, que reducía de 12 años y 7 meses a 3 años la condena impuesta a De Juana Chaos por la Audiencia Nacional, a la que calificaba de indigna. Es más, debido al revuelo social causado por esta decisión, la propia Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 20 de febrero de 2007, tuvo que acordar la publicación de un comunicado aclarando el contenido de dicha sentencia. En él, ponía de relieve que la nueva condena se basaba en unos hechos distintos a los veinticinco asesinatos cometidos en su día «por los que ya fue juzgado y por los que cumplió condena, extinguiendo la pena de acuerdo con la legislación vigente y aplicable al momento de la comisión». También la propia STS de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García), «caso De Juana Chaos», comienza los fundamentos de Derecho con un preámbulo en el que advierte de que «en este proceso estamos enjuiciando sólo el alcance penal de los dos artículos periodísticos referidos, no otros hechos objeto de otros procedimientos diferentes, por los que se condenó años atrás». Y, el voto particular a esta resolución suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García también incide sobre esta cuestión, «dada la campaña mediática que desde el inicio de las actuaciones ha acompañado a esta causa» (véase sobre este caso *infra*).

(13) La Sala Segunda, en su Sentencia de 28 de febrero de 2006, «caso Parot», no aceptó la argumentación de la Audiencia Nacional. Este Tribunal había acumulado en dos bloques las condenas impuestas a Henri Parot en distintos procesos, por lo que resultaron dos penas de 30 años cada una. Sin embargo, con esta solución, se apartaba de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre la interpretación de la conexidad exigible para la acumulación jurídica de condenas (véanse los arts. 70.2.^a *in fine* CP'73, actual 76.2, y 988 y 17 LECrim).

de 2006 (ponente Sánchez Melgar) (14) que reinterpreta la aplicación de la redención de penas por el trabajo (15, 16).

Según esta nueva doctrina, cuando tal beneficio sea de aplicación sobre una condena limitada en virtud de las normas del concurso real de delitos, la redención se computará respecto a cada una de las penas impuestas. Por ejemplo, si a un sujeto se le condenara a tres penas, una de 30 años, otra de 15 y una última de 10, según el artículo 70.2

(14) En el trasfondo de esta resolución late el hecho de que estamos ante la excarcelación de un condenado por terrorismo. En tal sentido, MANZANARES SAMANIEGO, «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», sostiene que, muy probablemente, la interpretación de esta sentencia «no se habría producido si el problema no se hubiese planteado en el marco de los asesinatos terroristas». Sin embargo, como el mismo autor indica, la nueva jurisprudencia «afectará en el futuro a muy variados delincuentes y delitos» y cita datos aportados por el Fiscal General del Estado, según quien dicha doctrina será de aplicación «a 912 internos, de los que sólo 225 pertenecían a bandas armadas».

(15) Además, el Juzgado Central de Instrucción, tres semanas antes de esta sentencia, había declarado procesado a Henri Parot como autor de un delito de pertenencia a banda armada y de otros delitos terroristas en su Auto de 8 de febrero de 2006, por los siguientes hechos: en carta fechada el 1 de junio de 2001, la cual se encontró el 16 de septiembre de 2002, dicho sujeto se dirigía a miembros de la cúpula de la organización terrorista ETA, en la que les indicaba la necesidad de materializar concretas acciones terroristas contra objetivos más importantes (como la Audiencia Nacional o las bolsas de Madrid y de Barcelona) con el fin de socavar la voluntad del Gobierno español, y les aportaba su experiencia como terrorista. Obsérvese, pues, cómo este auto se dictó no sólo veinte días antes de la STS de 28 de febrero de 2006, sino tres años y medio después de que se encontrase la pista que sirve como fundamento de la incriminación penal. De este modo, resulta plausible pensar que su finalidad era mantener a Henri Parot en la cárcel si la Sala Segunda decretaba que la pena máxima de cumplimiento era de 20 años. Es decir, si no podía seguir encerrado por hechos ya sentenciados, la solución era mantenerle en prisión por actos delictivos todavía no juzgados. Sin embargo, hay que poner de relieve que tales hechos sí merecen una respuesta penal. Por tanto, es acertado que la SAN de 2 de febrero de 2007 (ponente Fernández Prado) le condene a una pena de 11 años por un delito de pertenencia a banda armada, pese a que, en mi opinión, hubiese sido más acertado apreciar el delito de estragos terrorista en grado de proposición.

(16) Resume muy bien lo hasta aquí dicho la siguiente noticia publicada en el *ABC* de 31 de enero de 2007 (edición escrita, p. 17): «Cuando hace ahora dos años saltó a los medios de comunicación la noticia de que varios de los condenados por el Código Penal de 1973 estaban a punto de ser excarcelados tras pasar entre rejas apenas 18 de los 30 años de cumplimiento efectivo previsto en aquella legislación, la sociedad española puso el grito en el cielo. Etrarras como el sanguinario Henri Parot, De Juana Chaos, José Antonio López Ruiz “Kubati” o los hermanos Troitiño estaban a punto de salir a la calle tras haberse beneficiado en la mayor parte de los casos de hasta doce años de redenciones ordinarias y extraordinarias». Y concluye que «hasta la solicitud de acumulación de condenas de Henri Parot» y la posterior resolución del Tribunal Supremo, en este caso, no se arregló tal situación.

CP'73 (17), el límite de cumplimiento efectivo sería de 30 años (18), el cual comenzaría a computarse con la pena más grave, esto es, la de 30. Si sobre ésta hubiera redimido 10 años, la tendría cumplida a los 20 años de estancia en prisión; a continuación pasaría a ejecutar la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (es decir, la de 15), de la que podría redimir 5 años, por lo que la tendría cumplida a los 10 años. De este modo, ya no podría cumplir más penas, puesto que se habría alcanzado el máximo de 30 años (20+10) (19).

No obstante, tal doctrina jurisprudencial no afectaba a aquellos sujetos cuyo licenciamiento definitivo se había aprobado con anterioridad (20), como era el caso de Iñaki de Juana Chaos. Por tanto, había que «inventarse algo más» (21). De ello se encargó la Audiencia Nacional. El 10 de enero de 2005, un mes antes de su puesta en libertad definitiva (22), el juez Fernando Grande-Marlaska decretó prisión preventiva para De Juana por pertenencia a banda armada y por amenazas terroristas (23), con base en unas declaraciones vertidas en dos cartas publicadas en el *Diario Gara*. Expresiones por las que la SAN de 8 de noviembre de 2006 (ponente Rodríguez Fernández) le condenó a 12 años y 7 meses por un delito terrorista de amenazas. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García) ha rebajado la pena a 3 años de prisión por un

(17) Vigente 76.1.

(18) O de 40 años según lo dispuesto en el actual artículo 76.1.d) CP, desde la reforma operada por la LO 7/2003.

(19) Téngase en cuenta que contra esta resolución se ha interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en fecha 28 de marzo de 2006.

(20) Además, hay que poner de relieve que el reciente AAP-Madrid de 25 de enero de 2007 establece que la doctrina del «caso Parot» no es aplicable respecto a aquellos sujetos a los que se les había aprobado la refundición de condenas mediante auto firme. Para ello apela a los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas penales perjudiciales, puesto que considera que resoluciones de tal naturaleza constituyen una situación jurídica plenamente consolidada. Por tanto, habrá que esperar a ver si a sujetos condenados por terrorismo se les aplica el mismo criterio.

(21) Como afirma MANZANARES SAMANIEGO (2006), «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», puesto que la regulación del Código Penal de 1973, en el que era posible la acumulación de penas y la redención de penas por el trabajo, ha dado lugar a que etarras como De Juana Chaos, «autor de veinticinco asesinatos terroristas y condenado por ellos a 3.000 años de prisión, haya visto reducidas sus penas a sólo dieciocho», no puede sorprender que se hayan alzado voces «solicitando algún “invento” para mantener en prisión a los beneficiarios de aquella deplorable normativa».

(22) Prevista para el 9 de febrero de 2005.

(23) Véase el AJCI de 10 de enero de 2005.

delito de amenazas (no terroristas) del artículo 170.1 CP en concurso ideal con el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP).

II. EL «CASO DE JUANA CHAOS»

1. Los antecedentes

Mientras se hallaba cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Algeciras por numerosas acciones cometidas como miembro activo de la organización terrorista ETA, Iñaki de Juana Chaos remitió al *Diario Gara* dos cartas. La primera se titulaba «El Escudo» y apareció publicada el 1 de diciembre de 2004. En ella, dejaba muy clara su ideología separatista frente al Estado español, al que denominaba enemigo y Estado fascista. En palabras de la propia sentencia, «mantenía el ideario de la banda terrorista ETA». Además, mencionaba al entonces juez central de vigilancia penitenciaria de la Audiencia Nacional, Javier Gómez Bermúdez, a quien hacía responsable de los retrasos surgidos en su ex-carcelación, pese a que técnicamente había terminado de cumplir condena. La segunda, bajo el título «Gallizo», se publicó el 30 de diciembre de 2004. En esta epístola, De Juana citaba ejemplos de concretos funcionarios de prisiones para poner de relieve que la nueva política penitenciaria del Gobierno de Zapatero, empezando por el nombramiento de la señora Mercedes Gallizo como directora general de Instituciones Penitenciarias, consistía «en recuperar o promocionar a los personajes de más triste recuerdo para los presos en general y para el colectivo de presos políticos vascos en particular».

2. La SAN de 8 de noviembre de 2006

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 8 de noviembre de 2006 (ponente Echarri Casi), condenó a De Juana por un delito de amenazas terroristas del artículo 572.1.3.^a CP, con la agravante de reincidencia, a una pena de 12 años y 7 meses (24).

(24) Muy crítico con esta sentencia, DE LA CUADRA, «De Juana y los jueces». También ASUA BATARRITA, en un artículo titulado «El dilema De Juana» publicado en *La Vanguardia* de 27 de enero de 2007, opina que «De Juana es responsable de un alto número de asesinatos y merece toda la reprobación, pero fue juzgado con un código que permitía la redención y a los veinte años había cumplido la pena. Lo que viene después es un mantenimiento en prisión por amenazas, un delito que, (...), se forzó mucho».

A) EL DELITO DE AMENAZAS TERRORISTAS

El Tribunal, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda, consideró que en este caso concurrían todos los elementos para apreciar un delito de amenazas. A su juicio, las expresiones vertidas por el condenado intimidaron a los sujetos pasivos —esto es, un magistrado y cinco funcionarios de prisiones mencionados expresamente en sus cartas (25)— con la conminación de un mal «injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata y dependiente en una ejecución efectiva de la voluntad del sujeto».

En mi opinión, los dos principales problemas de esta afirmación son, por un lado, que De Juana Chaos en ningún momento hizo referencia a un mal determinado; y, por el otro, que al estar en prisión y no haberse demostrado ningún contacto con miembros de ETA, el mal efectivo no podía depender de su voluntad ni por acción ejecutada por el propio agente ni por orden de éste.

a) *Las amenazas veladas*

Respecto a la primera cuestión, la propia sentencia sostiene que «es perfectamente admisible la amenaza “velada”, esto es, los supuestos en que aun cuando las expresiones proferidas por el sujeto activo no contengan de forma exacta la descripción del mal al que se refiere, la identidad o la naturaleza del mismo se desprende de la *dinámica de un lugar y un tiempo determinado*». Como antecedentes de esta postura cita dos sentencias, a saber, una del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de julio de 2001, ponente Conde Pumpido-Tourón) y otra de la Audiencia Nacional (Sentencia de 26 de abril de 2006, ponente Guevara Marcos). Sin embargo, en realidad, la primera no hace referencia a la cuestión de las amenazas veladas ni a los supuestos en los que «las expresiones proferidas por el sujeto activo no contengan de forma exacta la descripción del mal al que se refiere» (26). En cambio, la

(25) Aunque en los dos escritos aparecían los nombres de otras personas, el Ministerio Fiscal, en su calificación provisional (folios 422 ss. del rollo de la Audiencia Nacional, tomo 2), identificó a seis sujetos pasivos (cfr. la STS de 26 de febrero de 2007, ponente Delgado García, «caso De Juana Chaos»).

(26) En el caso objeto de esta resolución, Juan Manuel había denunciado por agresión a José. Así las cosas, ambos sujetos se encontraron por casualidad pocos días antes del juicio y el segundo le dijo al primero: «los días que yo esté detenido a consecuencia del juicio tú te los vas a pasar en la Mutua». Por estos hechos, la Audiencia de instancia condenó a José por una falta de amenazas y le absolvió del delito de obstrucción a la justicia por el que también había sido acusado. Sin embargo, el Ministe-

sentencia de la Audiencia Nacional sí sostiene que es perfectamente admisible la amenaza velada.

Esta resolución enjuiciaba el siguiente caso: a principios de junio de 2004, la acusada remitió tres cartas manuscritas a varios concejales socialistas en el País Vasco a los que calificaba de «miembros del partido que apostaba por alargar el conflicto» vasco y, por ello, de «responsables políticos», y les alertaba que debían «asumir esa responsabilidad con todas las consecuencias que pudiera acarrear para ellos y su entorno», puesto que «el conflicto salpicaría a todos los miembros del partido, tanto militantes, como concejales». Además, cerraba la misiva con las siguientes expresiones: «quien siembra vientos recoge tempestades» y «la lucha es el único camino que nos dejáis». Por estos hechos, fue condenada por un delito de amenazas (no condicionales) continuadas del artículo 577 CP en relación con el artículo 169.2 CP a la pena de 2 años de prisión.

Esta resolución ha sido confirmada por la reciente STS de 20 de diciembre de 2006 (ponente Ramos Gancedo) que también sostiene que es posible castigar por esta clase de amenazas. A su juicio, de las circunstancias de lugar y de tiempo en las que se enviaron tales misivas (en «una campaña contra concejales» y en un «clima de inseguridad y zozobra propiciado por los atentados terroristas») se desprende que el mal con el que se amenazaba era uno de los previstos en el artículo 169 CP.

No obstante, hay que poner de relieve que antes de esta resolución, la cual es de fecha posterior a la de la Audiencia Nacional que nos ocupa, el Tribunal Supremo no había utilizado la expresión «amenaza velada» para referirse a los supuestos en los que el mal con el que se conmina no es suficientemente determinado (27).

rio Fiscal recurrió en casación dicho fallo al considerar que tal expresión era constitutiva del delito tipificado en el artículo 464.2 CP. De este modo, el Tribunal Supremo, respecto al delito de amenazas, sólo analizó la diferencia entre el delito y la falta, y concluyó que en ese supuesto las expresiones proferidas carecían de la gravedad necesaria para constituir un delito de obstrucción a la justicia.

(27) Pese a la afirmación de que es perfectamente admisible la amenaza velada, en la búsqueda de jurisprudencia sobre esta cuestión en la base de datos de Aranzadi www.westlaw.es, si se pone en «texto» «amenaza velada» o «amenazas veladas» se obtiene solamente un total de tres sentencias del Tribunal Supremo anteriores a ésta, en las que la Sala Segunda no define tal figura ni analiza sus características ni dice si es o no típica. En dos de ellas, además de amenazas veladas existieron amenazas explícitas (véanse las Sentencias de 5 de marzo de 1999, ponente Delgado García, y de 31 de diciembre de 2001, ponente Soriano Soriano). Y, en la tercera resolución, la expresión «amenaza velada» la utiliza la parte recurrente y el Tribunal no hace ninguna alusión a ella (STS de 6 de febrero de 2004, ponente Abad Fernández). No obstan-

Por su parte, respecto a las Audiencias Provinciales, si bien es cierto que, en ocasiones, condenan por conductas que definen como amenazas veladas, siempre imputan una falta del artículo 620.2.º CP (amenazas leves) por esta razón (28), esto es, porque el mal no es lo

te, la STS de 23 de diciembre de 2004 (ponente Saavedra Ruiz) alude a la necesidad de valorar «la dinámica de un tiempo y lugar determinados» en el delito de amenazas, aunque no utiliza la expresión «amenaza velada» o «amenazas veladas». En este caso, el procesado confeccionó una carta panfleto en la que pedía a los vecinos de un concejal del PP que lo expulsaran del País Vasco, ya que ese «personaje» era objetivo directo de «nuestras acciones», decía, y no querían que «agentes externos al conflicto de Euskal Herria (...) sufriesen ningún daño». La Audiencia Nacional condenó a dicho sujeto por un delito de amenazas terroristas del artículo 577 CP en relación con el 169.1 CP a una pena de 5 años y el Tribunal Supremo confirmó el fallo. En el mismo sentido, en el caso resuelto por la STS de 6 de marzo de 2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) se usaron expresiones veladas y la Sala Segunda hizo hincapié en el hecho de que el delito de amenazas es «enteramente circunstancial» (sobre esta cuestión, véase también el caso resuelto por la SJP-Guipúzcoa de 16 de junio de 2001, ponente Arduán Rodríguez, que condena a dos años de prisión por un delito de amenazas del artículo 169.1 CP). Por último, poner de relieve que el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, en su voto particular a la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», considera que la «categoría de la amenaza velada» es «vaga e inaprensible» y «de más que problemática compatibilidad con la previsión legal».

(28) En las Audiencias Provinciales, el resultado con el texto «amenaza velada» o «amenazas veladas» es de cuarenta sentencias. En general, las expresiones aparecen por distintas razones (las usan los peritos por ejemplo, SAP-Bizkaia de 22 de julio de 2004, ponente Real de Asúa Llonapero) o en relación con otras faltas (en este sentido, la SAP-Cádiz de 22 de enero de 2002, ponente Ercilla Labarta, condena por una falta contra el orden público prevista en el artículo 634 CP, que tipifica la conducta consistente en faltar al respeto a la autoridad o sus agentes o desobedecerles levemente; y la SAP-Barcelona de 17 de marzo de 2005, ponente González Zorrilla, aprecia la falta de vejaciones leves prevista en el artículo 620.2.º CP). De algunas resoluciones se extrae que las amenazas veladas pueden ser típicas aunque en el caso concreto no pudo condenarse por dicho delito o falta (véanse la SAP-Sevilla de 25 de febrero de 2003, ponente Méndez Martínez, en la que no se había acusado por tal figura; y la SAP-Bizkaia de 25 de enero de 2005, ponente Penín Alegre, en la que no se pudo probar que el acusado hubiera realizado las amenazas veladas). Solamente la SAP-Sevilla de 6 de octubre de 2000 (ponente Romeo Laguna); la SAP-Albacete de 19 de octubre de 2000 (ponente Espinosa Serrano); la SAP-Cádiz de 19 de febrero de 2001 (ponente Pérez Pérez); la SAP-Barcelona de 5 de septiembre de 2001 (ponente Alfonso Laso), y la SAP-Zaragoza de 9 de julio de 2003 (ponente Rodríguez de Vicente Tutor) condenan por una *falta* de amenazas pese a que éstas fueron veladas. En este sentido, son muy significativas la SAP-Albacete de 19 de octubre de 2000 y la SAP-Sevilla de 6 de octubre de 2000, que expresamente declaran que condenan por una falta de amenazas, y no por un delito, al ser éstas veladas (la primera sentencia afirma que «la carga intimidatoria que tenían las llamadas, comporta una situación de amenaza velada de males difusos, que procede estimar, por ello, leve». En el mismo sentido, la segunda considera que anunciar a otra persona que le realizará una visita cuando salga en libertad, «reviste sin duda alguna una amenaza velada pero cierta, que merece reproche penal a nivel de simple

suficientemente determinado para apreciar el delito, con una única excepción (29).

Por consiguiente, a la vista de las consideraciones anteriores, en primer lugar, opino que De Juana no exteriorizó, mediante las cartas, ninguna amenaza velada, por la siguiente razón: si lo que hay que valorar en estos supuestos es la dinámica de tiempo y lugar, en el momento en el que se publicaron las citadas epístolas, ETA hacía mucho tiempo que no asesinaba a nadie y, además, en *el Diario Egin* de 21 de noviembre de 1997, dicha organización terrorista había publicado un comunicado según el cual «suspendía totalmente sus acciones contra el frente de cárceles», es decir, contra los funcionarios de prisiones (30). Y, en segundo lugar, aun cuando se admitiera que existieron tales amenazas veladas en el caso que nos ocupa, puesto que una banda armada siempre puede cambiar su estrategia, la doctrina de los Tribunales es constante en afirmar que estos supuestos constituyen una falta de amenazas, no un delito, lo cual, en relación con el artículo 574 CP, hubiera significado la aplicación de la pena prevista en el artículo 620.2.º CP, esto es, pena de multa de diez a veinte días, en su mitad superior.

falta»). En la misma línea, los Tribunales en ocasiones castigan por amenazas expresiones como «te acordarás de mí», pero siempre como faltas (SAP-Tarragona de 7 de enero de 2003, ponente Casas Cobo; SAP-Madrid de 22 de noviembre de 2004, ponente Vieira Morante; SAP-Valencia de 10 de junio de 2005, ponente Tomás Benítez, y SAP-Madrid de 2 de septiembre de 2006, ponente López Ortiga). Sin embargo, en otras ocasiones no se acepta esta expresión como constitutiva de dicha infracción (SAP-Barcelona de 19 de marzo de 2002, ponente Pérez de Rueda, y SAP-Valencia de 25 de marzo de 2004, ponente Escribano Parreño). Por su parte, la SAP-Huesca de 11 de octubre de 2001 (ponente Angós Ullate) considera constitutivas de amenazas leves expresiones tales como «ten cuidado cuando salgas», «ya te acordarás» y «estás sentenciada», puesto que suponen el anuncio de un mal «suficientemente determinado a los efectos de aplicar la falta de amenazas leves».

(29) Únicamente la SAP-Cáceres de 2 de junio de 2003 (ponente Tena Aragón) aprecia un *delito* de amenazas no condicionales que fueron veladas y continuadas sin ulteriores referencias respecto a esta figura. Y, respecto a la expresión «te acordarás de mí», sólo la STS de 4 de febrero de 2000 (ponente Martínez Arrieta) castiga como delito de amenaza condicional de mal constitutivo de delito la expresión «si no me dejas ver a los niños, esta noche te acordarás». Sin embargo, la sentencia atiende al concreto contexto de ese caso en el que la acción «se produjo, subsiguientes a unas lesiones y a un proceso de separación en el que la perjudicada se v[io] obligada a cambiar de domicilio y a requerir la protección policial contra los actos del marido».

(30) Lo pone de relieve la propia sentencia de la Audiencia Nacional que nos ocupa, aunque según indica «ello no es óbice para que se recopile información *ad futuro* para posibles objetivos de acciones terroristas, como así ha sucedido en numerosas ocasiones».

Sea como fuere, en el «caso De Juana Chaos», la Audiencia Nacional concluyó que existían «unas amenazas “veladas” mediante el “señalamiento”», las cuales eran constitutivas de delito (31).

b) *El mal dependiente de la voluntad del amenazador*

Respecto al requisito de que en el delito de amenazas el mal tiene que depender de la voluntad del sujeto que amenaza, dicho Tribunal afirmó lo siguiente: la aparición de nombres y apellidos en los artículos periodísticos exponen el propósito «de encargar a otros la producción del mal, ya que su autor al encontrarse en prisión no podía ejecutar directamente aquél».

La STS de 20 de diciembre de 2006 (ponente Ramos Gancedo) considera que el requisito de que el mal anunciado dependa en su realización de la voluntad del amenazador no se cumple únicamente cuando dicho mal puede hacerse efectivo «por acción ejecutada por el propio agente», sino también cuando pueda originarse a raíz de una «orden de éste o a instigación suya» (32). Por tanto, de la jurisprudencia (33) se desprende que este requisito puede tener tres estructuras: en primer lugar, la ejecución del mal puede depender del propio agente. De este modo, quien amenaza será considerado autor de la producción del mal con el que se conmina en caso de que éste llegue a ejecutarse; en segundo lugar, el sujeto activo de las amenazas puede ordenar a terceros la producción del mal. En este supuesto, será inductor del mal ejecutado por otras personas en caso de que llegue a producirse el resultado lesivo que se anunció; por último, el amenazador puede provocar a terceros para que ejecuten el mal anunciado. Por tanto, el sujeto activo de las amenazas también será inductor si se produjera lo anunciado, en virtud del artículo 18.2.II CP, que establece que la provoca-

(31) En la doctrina, véase sobre el elemento de la concreción del mal en las amenazas, DEL RÍO FERNÁNDEZ, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial, requisitos y modalidades*, pp. 35-36. Ahora bien, la doctrina no utiliza el término «amenazas veladas».

(32) Según la RAE, instigar significa «incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo» (www.rae.es). Por su parte, el Código Penal distingue entre la *inducción*, figura que equipara a la autoría [art. 28.a)], y la *provocación*, la cual es definida como *incitación a la perpetración de un delito* (art. 18.1).

(33) En la doctrina, DEL ROSAL BLASCO, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 195, pone de relieve que el mal también depende de la voluntad del sujeto activo en «aquellos supuestos en los que el sujeto activo aparezca lo suficientemente poderoso como para desencadenar la producción de ese mal por parte de una tercera persona», citando como ejemplo, «un “capo” mafioso que amenaza con la acción de sicarios a su servicio».

ción seguida de la perpetración del delito se castiga como inducción. En este último caso (34), la amenaza y la provocación pueden producirse de manera sucesiva (por ejemplo, en tiempo 1, A amenaza a B con provocar a terceros para que lo maten y, en tiempo 2, A provoca a otros sujetos para que ejecuten ese mal) o de manera simultánea (A amenaza a B con la producción de un mal y provoca a terceros para su perpetración a través de las mismas manifestaciones) (35).

En el supuesto que nos ocupa, cuando la SAN de 8 de noviembre de 2006 establece que concurren unas amenazas «veladas» hace referencia a un «señalamiento» (36), lo que introduce elementos de la provocación delictiva. Ahora bien, la referencia a esta figura se presenta de manera muy clara al afirmar que la intención del procesado mediante sus declaraciones era la de «encargar a otros la producción de un mal», puesto que él no podía ejecutarlo. Es decir, ¿qué es la provocación sino la incitación a la perpetración de un delito a través de un medio que facilite la publicidad, como un periódico? (art. 18.1 CP).

(34) O también en el supuesto en el que se ordena a otro la ejecución del mal.

(35) En este último caso, habría que decidir si entre el delito de amenazas y la figura de la provocación existe una relación de concurso (ideal) de delitos o de normas, dependiendo del bien jurídico que se considere protegido en ambas figuras. Respecto a la provocación delictiva, hay autores que sostienen que este acto preparatorio protege un bien jurídico propio, mientras que otros opinan que es una forma de aparición del delito, que necesita conectarse con los tipos de la parte especial (véase DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 85 ss.). Por lo que se refiere a las amenazas condicionales la doctrina suele entender que afectan a la libertad del sujeto en su fase interna, es decir, «la libertad de escoger sin trabas ni presiones exteriores qué conducta se desea realizar». En cambio, respecto a las no condicionales, la doctrina discute si es la libertad o la seguridad de la víctima (cfr. RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 91; y, ampliamente, LARRAURI, *Libertad y amenazas*). Sin embargo, sea como fuere, se desvincula tal delito del mal que finalmente pueda producirse. Por tanto, si se considera que la provocación es un delito autónomo que en algunos casos puede proteger la tranquilidad del sujeto o sujetos objeto del «señalamiento» (DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 157 ss., analiza la postura según la cual la figura de la provocación lesiona «la tranquilidad o la paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana», lo que en supuestos de marcaje puede conectarse con la tranquilidad de los concretos individuos «señalados»), se daría un concurso de normas con la provocación que, en mi opinión, debería resolverse en virtud del principio de alternatividad del artículo 8.4.º CP, aplicando aquel precepto que tuviera previsto mayor pena. En cambio, si los bienes jurídicos se considerasen distintos podría apreciarse un concurso ideal de delitos entre las amenazas y la provocación delictiva.

(36) También se hace referencia al señalamiento en otros pasajes de la sentencia con las siguientes expresiones: «señalamiento con entidad jurídica penal relevante»; «acción típica de “señalamiento” o “marcaje” de personas concretas y determinadas», y «señalamiento de objetivos a la banda terrorista ETA».

De este modo, en el «caso De Juana Chaos», está claro que el sujeto no podía ejecutar directamente la acción al estar privado de libertad, como la propia sentencia indica. Ahora bien, tampoco se probó que tuviera una relación y poder tal sobre la organización terrorista ETA como para ordenar (para inducir a) dicha acción ni para incitar o provocar a sus miembros a producir algún mal a las personas mencionadas en los dos artículos periodísticos. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de julio de 1999 (ponente Prego de Oliver y Tolivar), absolvió a un miembro de HB como autor de una falta de amenazas de mal que no constituye delito pese a que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco le había condenado. En este caso, dicho sujeto, en una concentración frente a un centro penitenciario y provisto de un megáfono, se dirigió a funcionarios de prisiones manifestando que tenían una «responsabilidad enorme» y les avisó: «si continuáis por el mismo camino, sabed que el sufrimiento será para todos. Sabed que el sufrimiento irá aumentando en nuestro pueblo». A juicio de la Sala Segunda, no existía «base fáctica suficiente para deducir que el mal anunciado dependía en su realización de la voluntad del autor de la frase» ni que «la producción del daño se origin[ase] de manera mediata por orden del agente o a instigación suya», puesto que su personal interés con la situación de los presos «no supon[ía] necesariamente una conexión suficiente para decidir o instigar las acciones criminales de ETA». De este modo concluyó que «el relato fáctico no refleja[ba] el anuncio de un mal de ejecución dependiente de la voluntad del sujeto, ni contien[ía] datos objetivos que permit[ieran] inferir la creencia fundada de ese efectivo control del sujeto sobre la realización del mal, ordenándolo o instigándolo» (37).

Sentado lo anterior, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se desprende que para castigar por un delito de amenazas en la modalidad en la que el mal depende de la voluntad del sujeto activo mediante instigación (esto es, a través de provocación) tiene que concurrir una determinada capacidad de incitación, es decir, cierto control sobre las personas a las que se dirige el mensaje. Sin embargo, la Audiencia Nacional, en el «caso De Juana Chaos», interpretó que el requisito de

(37) Además, la propia sentencia también pone en duda que concurra el requisito del «mal determinado». Posteriormente, la STSJ-País Vasco de 17 de mayo de 2004 (ponente Ruiz Piñeiro) aplica la doctrina contenida en esta sentencia y, por ende, absuelve al acusado del delito de amenazas que se le imputaba. En este caso, Arnaldo Otegui instó al Gobierno vasco a «desobedecer al Estado» o «asumir las consecuencias».

que el mal dependa de la voluntad del sujeto activo concurre con la mera alusión a determinadas personas, con el simple «señalamiento», aunque ésta tampoco sea la línea seguida por la propia Audiencia en su Auto de 13 de junio de 2001 (ponente Cezón González) (38). Esta resolución sostiene que el señalamiento «no es una entidad jurídico-penal», esto es, «por sí solo no es penalmente relevante», sino que «la acción de señalar a alguien, de llamar la atención sobre alguien, podrá constituir un elemento objetivo de un tipo penal» (en este sentido, el auto hace referencia a las siguientes posibilidades: inducción, cooperación necesaria y *provocación* al asesinato, y al tipo de colaboración con banda armada).

Por tanto, con base en esta doctrina, el «señalamiento» que realiza De Juana Chaos en sus artículos periodísticos, por un lado, no puede ser constitutivo de un delito de amenazas, puesto que por sí sólo no puede dar lugar a la apreciación de un delito concreto. Y, por el otro, aunque ciertamente un «marcaje» podría constituir una provocación, el propio auto sostiene que tienen que concurrir los requisitos de esta figura en el caso concreto y que «la provocación al delito no puede ser presumida ni deducida de la ideología» del sujeto activo (39). Por tanto, la siguiente cuestión a analizar es si hubiera sido posible castigar a De Juana mediante la figura de la provocación, puesto que la Audiencia Nacional, a la hora de configurar el delito de amenazas, introdujo la estructura de este acto preparatorio.

(38) Esta resolución deja sin efecto los anteriores autos que decretaban la prisión provisional sin fianza de un sujeto acusado de amenazas terroristas y de colaboración con banda armada, basándose en los siguientes hechos: «la publicación “Ardi Beltza” (oveja negra) de la que es editor y responsable José Benigno R. R. (...) supone (...) [una] línea informativa de “señalamiento” y “satanización” de personas potencialmente objetivos operativos de la violencia terrorista de ETA o de sus formas de violencia complementarias (...) mediante elaboración de informaciones pormenorizadas sobre personas a las que marca con datos complementarios de identificación, a la vez que las tilda o identifica como colaboracionistas con las fuerzas policiales o del Ministerio del Interior, o las representa como contrarias a la “causa vasca”, así como facilitando datos inocuos sobre las mismas para el público en general, pero que servirían “para centrar, perseguir y en su caso agredir, matar o atentar contra la libertad de esas personas o su patrimonio”».

(39) En cambio, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de febrero de 2007, caso «De Juana Chaos», descarta la apreciación del delito de amenazas individuales al considerar que «no quedó probada intención alguna en el procesado de amenazar a personas concretas», aunque el artículo 169 CP no hace referencia a ningún elemento subjetivo del injusto, y no se cita jurisprudencia que exija este elemento pese a no requerirse en la letra de la ley.

c) *La provocación delictiva*

Ahora bien, la apreciación de la provocación delictiva en el «caso De Juana Chaos» tampoco es posible por dos razones. En primer lugar, porque según indica algún autor y la jurisprudencia, «para poder apreciarse provocación a delinquir, ha de requerirse la existencia de una incitación directa, que tenga *efectiva virtualidad suasoria o persuasiva con relación a su destinatario*» (40), lo que, tal y como acabo de indicar respecto al delito de amenazas, no sucede en este caso.

En segundo lugar, puesto que según la doctrina (41) y la jurisprudencia (42) unánimes, la figura de la provocación requiere que la inci-

(40) POLAINA NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 967 (negrita añadida); y CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 193. También DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, p. 117, considera que «la propia idea de incitación lleva en sí implícita la idea de la efectividad para determinar la voluntad de los incitados»; y BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, pp. 250-251, pone de relieve que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia alemanas exigen de la provocación «una influencia sobre otras personas con el objetivo de producir en ellas la decisión de producir hechos ilícitos». Por su parte, según la Sala Segunda, uno de los requisitos de la provocación es que a la incitación instrumentada ha de poder «reconocerle *virtualidad suasoria y de convencimiento*» (STS de 21 de marzo de 1986, ponente Soto Nieto, *negrita añadida*).

(41) Cfr. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, pp. 256-257, que además exige la concreción de algún plan de actuación; Campo MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, p. 57, considera que debe describirse «la acción o acciones que han de ser cometidas»; CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, p. 163, requiere que la incitación se refiera a «la comisión de un delito concreto o a la comisión de una determinada clase de delitos»; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, p. 321, exige que la incitación sea a «un concreto y determinado hecho delictivo», siguiendo el punto de vista de Rodríguez Mourullo. A juicio de Del Rosal Blasco, se pueden esgrimir varios argumentos a favor de esta solución: en primer lugar, el propio significado semántico del verbo «incitar»; en segundo lugar, a partir de una interpretación sistemática con las figuras de la conspiración y la proposición que también usan el verbo «ejecutar»; y, por último, porque la provocación seguida de perpetración se castiga como inducción (pp. 119-120 y 321-322); REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, p. 81, considera que «no debe existir ninguna confusión sobre qué es lo que pretende el incitador. Luego, los consejos o las simples indicaciones inconcretas referidas a la comisión de un delito no son suficientes si no se desprende del contexto de la situación qué tipo de delito se pretende y en qué magnitud debe llevarse a cabo; y RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pp. 20-21, pone de relieve que la doctrina es unánime en entender que la provocación debe referirse a un delito concreto, esto es, «se tiene que poner de manifiesto la acción que los provocados han de realizar».

(42) La STS de 21 de marzo de 1986 (ponente Soto Nieto) sostiene que uno de los requisitos de la provocación es que la incitación tiene que ser a la comisión de uno

tación sea a un delito concreto y determinado, y este elemento no concurría en el «caso De Juana Chaos». Como la propia sentencia indica tantas veces, el mal delictivo que se cernía sobre las personas aludidas en los dos artículos periodísticos no era determinado. De hecho, la Audiencia Nacional introdujo la figura de las «amenazas veladas» al faltar el requisito de la concreción del mal. Por tanto, si se traslada esta teoría a la figura de la provocación, puede afirmarse que nos encontramos frente a una «provocación velada». Ahora bien, Del Rosal Blasco (43), autor que hace expresa referencia a las formas veladas de provocación, esto es «no claras ni directas», considera, con razón, que admitirlas como típicas conlleva gran inseguridad jurídica, puesto que «tendrían que ser los tribunales de justicia los que delimitaran hasta qué punto y cuándo una incitación (indirecta) podría constituir provocación a cometer el delito», así como un inmenso riesgo «para la libertad de expresión» (44). Además, si nos ceñimos al tenor literal del artículo 18.1 CP, este precepto establece que la incitación (45) tiene que ser «directa», lo que para muchos autores implica que han de excluirse las incitaciones imprecisas o las meras alusiones (46).

o «varios delitos concretos, no bastando con la actuación estimulante vaga o generalizada en orden a delinquir» (en el mismo sentido véase la STS de 13 de noviembre de 1998, ponente Marañón Chávarri). En las Audiencias Provinciales, sigue esta doctrina la SAP-Málaga de 28 de enero de 2003 (ponente García Ortiz), y en los Juzgados de lo Penal la SJP-Málaga de 10 de octubre de 2002 (ponente De la Hera Ruiz-Berdejo).

(43) DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 117-118.

(44) Por ello concluye que «hay que exigir que queden fuera de la provocación las formas veladas, esotéricas, indirectas, de excitación. Es preciso que quien incita lo haga de *forma inequívoca*».

(45) Según DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 117-118, «la propia idea de incitación lleva en sí implícita la idea de la efectividad para determinar la voluntad de los incitados. Efectividad que es difícil que se logre si el mensaje que dirigimos es oscuro, velado o equívoco. El término “incitación”, (...), hace alusión a una voluntad indubitadamente dirigida a conseguir el fin que se propone: esto es, a obtener del sujeto al que se incita su resolución criminal y con ello la consiguiente perpetración del delito. Y, para el juzgador, la única prueba evidente de esa voluntad estriba precisamente en la inequívocidad del mensaje incitador. Todo lo demás no pasarán de ser presunciones difícilmente demostrables que nos harán rebasar con toda seguridad los límites impuestos al *ius puniendi* por el principio de culpabilidad».

(46) BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, pp. 247 ss., pone de relieve que la doctrina se ha manifestado de diversas maneras respecto a la incorporación del adverbio «directamente» en el artículo 18.1 CP'95, pero que una interpretación ha sido la de entender que se excluyen «las incitaciones vagas, imprecisas o indefinidas» (en este sentido, se pronuncia REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, p. 81) o «las meras alusiones o insinuaciones» [véase CEREZO

d) *La libertad de expresión*

Como la propia Audiencia Nacional puso de relieve, Iñaki de Juana había vivido continuos retrasos en su excarcelación definitiva antes de la publicación de las mencionadas cartas. De este modo, el condenado manifestó que su intención al escribirlas era la de «luchar contra la campaña mediática que se había iniciado contra su persona y poner en conocimiento de la opinión pública su situación». Sin embargo, el Tribunal consideró que las declaraciones vertidas no podían quedar amparadas por la libertad de expresión, y basó esta conclusión en las siguientes consideraciones: en primer lugar, debido a que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, «no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores»; en segundo lugar, porque no había ninguna necesidad «de referirse a personas concretas con nombres y apellidos» y a su destino profesional; y, en tercer lugar, ya que se acusó a tales sujetos de la comisión de concretos ilícitos penales.

Ciertamente, el legislador ha tomado en cuenta la seguridad y la libertad de las personas al tipificar los delitos de amenazas. Ahora bien, en mi opinión, a la hora de interpretar su ámbito típico hay que ponderar el ejercicio de las libertades de expresión e información, las cuales prevalecen en aquellos casos en los que la crítica de determinados sujetos no implica una provocación a que se atente contra ellos, en los términos establecidos en el artículo 18.1 CP (47), por mucho que aquéllos puedan

MIR, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, pp. 162-163]. En este sentido, también RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 21, considera que «con el adverbio “directamente” se trata de delimitar la provocación punible únicamente a aquellos casos en que la incitación se realiza de forma clara e inequívoca, de modo que no admita duda el contenido provocador del mensaje». Por su parte, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 116-117, analiza las consecuencias de la no inclusión del término *directamente* en la provocación descrita en el anterior Código Penal. Sin embargo, llega a la conclusión de que ni así es admisible castigar las provocaciones «que de forma vaga, imprecisa o indefinida —es decir, indirecta— puedan incitar a ello». Para este autor, la provocación tiene que ser «inequívoca, expresa, indubitante, es decir, directa; no debe encerrar la más mínima duda sobre la finalidad que persigue». Además, también pone de relieve que «la opinión mayoritaria, por no decir unánime, entiende que *directamente* significa, en la inducción, determinación a realizar un *delito concreto*, a un *ejecutor determinado*».

(47) Además, la consideración según la cual la ponderación entre las libertades de expresión e información y los derechos a la seguridad y a la libertad tienen que realizarse, de entrada, en sede de tipicidad, es decir, a la hora de interpretar el ámbito típico del delito de amenazas, no implica que aquellas libertades no puedan volver a tomarse en cuenta en sede de justificación. Por ejemplo, imaginemos el siguiente

sentirse inseguros al conocerse dicha información. Es decir, el límite típico en la interpretación de los delitos de amenazas, para no vulnerar la libertad de expresión, es que el mal tiene que depender como mínimo de la voluntad del sujeto activo mediante provocación directa a la comisión del delito de que se trate. Sin embargo, la Audiencia Nacional, al castigar a De Juana por amenazas, interpretó este delito de manera muy amplia, puesto que puede concurrir con la mera alusión crítica de determinadas personas encargadas de la lucha contra el terrorismo, aunque no concurren los requisitos de la provocación (48).

Además, en sede de justificación, tampoco aceptó la concurrencia de la libertad de expresión como causa eximente de la responsabilidad criminal, y parece que para ello argumentó con base en el juicio de necesidad del medio empleado. La Audiencia Nacional dio mucha importancia al hecho de que se citaran los nombres y apellidos de determinados sujetos y su destino profesional, y a que se les imputaran algunos delitos (49). Sin embargo, por un lado, los nombramientos de

caso: A, candidato a la presidencia de un determinado país, promete que si llega al Gobierno cambiará la política en materia ecológica. Semanas después de haber ganado las elecciones, un sujeto descubre que el nuevo presidente no tiene ninguna intención de hacer lo que prometió y así lo hace saber a la opinión pública, todo y aceptar (dolo eventual) que un grupo ecologista podría matarlo al conocer esta noticia, pues dicha organización ha asesinado en los últimos tiempos a políticos que no defendían el medio ambiente. En mi opinión, tales declaraciones podrían ser constitutivas de un delito de amenazas tal y como lo entiende la jurisprudencia (el mal puede realizarse por terceros mediante provocación del sujeto activo), pero quedarían amparadas por la libertad de expresión e información, puesto que una sociedad tiene derecho a saber que se le ha mentido aunque las consecuencias para quien engaña puedan ser muy gravosas (sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del dolo eventual en la provocación véase DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 353 ss., autor que sí acepta esta posibilidad y pone de relieve que es la postura mayoritaria tanto en España como en Alemania).

(48) También la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», interpreta de manera muy amplia los delitos de amenazas a un colectivo (art. 170.1 CP) y de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) por los que castiga a De Juana. A su juicio, la crítica política que este sujeto efectuó en los dos textos, la cual es legítima por hallarse amparada en el artículo 20.1 CE, fue excesiva en dos momentos, a saber, cuando usó, de modo innecesario para esa finalidad de crítica, expresiones constitutivas de aquellos ilícitos (véase *infra*).

(49) No obstante, en mi opinión, si alguien quiere criticar la política penitenciaria seguida por un determinado Gobierno, en el sentido de considerar que sigue la misma línea que la aplicada por sus antecederos (más de derechas) aunque sus dirigentes lo nieguen, es necesario que use concretos ejemplos de personas y hechos que avalen esa postura. Por ejemplo, si ahora mismo alguien quisiera escribir un artículo periodístico informando sobre la corrupción urbanística existente en España en los últimos tiempos, tendría que hacer alusión a sujetos y casos concretos.

los funcionarios de prisiones que aparecían en la carta titulada «Gallizo» habían sido publicados en el «BOE» y, por tanto, eran de dominio público, así como su destino profesional. Y, por lo que respecta a la alusión del entonces juez central de vigilancia penitenciaria, Javier Gómez Bermúdez, en la epístola «El Escudo», distintos medios de comunicación ya habían informado sobre que éste había retirado redenciones de penas a Iñaki de Juana y que estaba dificultando su excarcelación (50). De este modo, aunque no se hubieran citado los nombres concretos, la referencia y crítica a tales sujetos a través de otros datos hubiera llevado igualmente a que terceros pudieran saber a quién se hacía mención (51). Además, el AAN de 13 de junio de 2001 (ponente Cezón González) afirma que «toda noticia u opinión publicada en cualquier medio de comunicación ha de llamar forzosamente la atención sobre alguien o algo». Por el otro lado, las acusaciones de determinadas conductas delictivas podrían dar lugar, de ser falsos, a un delito de calumnias, del que no se acusó (52). O es que, ¿acaso un terrorista (o cualquier detenido, preso o penado) no puede decir que ha sufrido algún abuso por parte de funcionarios públicos y señalar a sus autores? Efectivamente, incurrirá en un delito de calumnias si es acusado por ello y no puede probar la afirmación de sus declaraciones. Sin embargo, esto no es lo que sucedió en este supuesto.

Con tal manera de proceder, parece que la Audiencia Nacional está admitiendo que un sujeto condenado por terrorismo no puede criticar a ningún cargo o funcionario público con nombres y apellidos porque esto implica que lo está marcando como objetivo de la banda armada (53). Y,

(50) Por ejemplo, véanse las noticias aparecida en *El País* de 9 de enero de 2004 (www.elpais.com) y en *La Vanguardia* de 11 de febrero de 2005 (www.lavanguardia.es).

(51) En este sentido, la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», descarta la aplicación del artículo 576 CP (colaboración con banda armada), por la siguiente razón: a juicio de la Sala Segunda, la información sobre los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, «indicando sus nombres y apellidos y comportamientos concretos», podía haber sido conocida con facilidad por ETA, por lo que «carecía de relevancia para que esta banda terrorista pudiera servirse de ellos a la hora de planificar sus actuaciones».

(52) También ponen de relieve esta cuestión la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», y el voto particular a esta resolución suscrito por Perfecto Andrés Ibáñez. Para este magistrado, únicamente los insultos y las descalificaciones vertidas por De Juana y, sobre todo, la atribución de acciones delictivas a algunas personas no representaron un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, como indica Andrés Ibáñez, la condena por calumnias no era posible, puesto que no se había acusado por tal delito.

(53) Sin embargo, parece que esta lógica contradice la definición que dio el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 1997 (ponente García-Calvo y Montiel), «caso mesa nacional de HB». En aquella resolución, la Sala Segunda estableció que «la libertad de expresión, y en aras de evitar su instrumentación como pretexto, podría definirse como “el derecho al disenso razonado”».

tal postura se confirma del todo cuando la sentencia formula el ulterior motivo por el que considera que las declaraciones vertidas por De Juana no quedan amparadas por la libertad de expresión. En efecto, según afirma, nada tiene que ver el hecho de que los nombramientos de las personas a las que se hacía referencia en los artículos objeto de enjuiciamiento fueran de dominio público, puesto que éstos «fueron confeccionados por un interno miembro activo de la organización terrorista ETA, destacado por sus rígidos posicionamientos y su amplio currículo criminal dentro de aquella» (54).

Así las cosas, pese a que suele afirmarse que en el fenómeno terrorista lo censurable no son los fines perseguidos, sino los medios utilizados, ya que en una democracia cualquier idea puede ser defendida sin necesidad de recurrir a la violencia (55), esta sentencia conlleva que tan repetidas palabras queden en papel mojado, puesto que un condenado por terrorismo no tiene derecho a la libertad de expresión ni a hacer crítica política.

B) LA PERTENENCIA A BANDA ARMADA TERRORISTA

La acusación popular mantuvo la petición de condena por un delito de integración en organización terrorista, que el Tribunal descartó para no vulnerar el principio «*non bis in idem*». A su juicio, «el carácter permanente o prolongado en el tiempo del delito de pertenencia a banda armada», que no cesa «hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida», impedía su apreciación en este supuesto. Así, prosigue la sentencia, un sujeto condenado como miembro de banda armada no puede volver a come-

(54) No obstante, la STS de 29 de noviembre de 1997, «caso mesa nacional de HB», establece que «los límites de una pura manifestación ideológica coincidente con la del grupo terrorista ETA, (...) tendría cabida en el ejercicio de la libertad de expresión como contenido de una simple reivindicación política, por más que ésta rebase la declaración programática estatutaria de la formación política que asume tales postulados».

(55) Cfr. FERRACUTI, *Terrorismo Internacional*, p. 172; SORIANO SORIANO, «El terrorismo y el Tribunal Supremo», p. 185; y GONZÁLEZ CUSSAC, «El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», p. 72, cuando afirma que el Derecho Penal no criminaliza el terrorismo por sus ideas ni por sus finalidades perseguidas, sino por «los medios violentos empleados, como tantas veces han repetido jurisprudencia y doctrina». También MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 18, pone de relieve que «la violencia, aun pretendidamente justificada por una finalidad política, es inadmisibles en una sociedad democrática que, por ello, dispone de instrumentos jurídicos que permiten el cambio, el progreso y el desarrollo a través de la persuasión política». En este sentido, REINARES, *Terrorismo Global*, p. 22, considera que «el terrorismo supone siempre un extremismo en los medios, pero no necesariamente de los fines».

ter este delito hasta que ponga fin a esa etapa de pertenencia por la que se le castigó, mediante el cese voluntario, la expulsión o por razón de un hecho de fuerza mayor, y se adopte «posteriormente una renovada decisión de integrarse, otra vez, en una organización o banda terrorista». Por tanto, sólo en estos supuestos existe una ruptura formal con la banda y puede castigarse por volver a formar parte de aquélla, lo que no ocurre en el «caso De Juana Chaos» puesto que dicho sujeto nunca dejó de pertenecer a ETA. Ahora bien, la STS de 19 de julio de 2003 (ponente Soriano Soriano) cita como ejemplo de caso de fuerza mayor que rompe o cierra la situación delictiva previa en el delito de integración en banda armada, precisamente, *la condena por dicho delito* (56). Sin embargo, la Audiencia consideró que «el dictado de una sentencia condenatoria puede *no afectar para nada a la voluntad del sujeto de continuar abrazando al ideario y fines de la organización terrorista, así como a la utilización de medios violentos para llevar a cabo la consecución de los mismos*» (57).

Tal manera de argumentar de la Audiencia Nacional conduce a plantear la cuestión de la pertenencia ideológica. Aunque la solución de no apreciar tal delito es correcta, no me lo parecen las razones. A mi juicio, no es posible el castigo de la simple pertenencia ideológica, y la consideración de Iñaki de Juana como miembro de tal organización terrorista se basa, como dice textualmente la propia sentencia, en «su adhesión a una ideología patógena» y en que «en su fuero interno [se] continúa sintiendo partícipe y vinculado» a ETA, puesto que es difícil que una persona privada de libertad, y «bajo la tutela directa de las instituciones del Estado, mantenga una vinculación o disposición tal con la banda terrorista que le permita la realización de actos concretos» (58). Es decir, la sentencia está admitiendo que la mera adhesión ideológica al sistema que representa la organización terrorista es suficiente como título de imputación en el delito de pertenencia a ban-

(56) Este fue el argumento alegado por la acusación popular para que se condenase por tal delito.

(57) Cursiva añadida.

(58) La sentencia dice textualmente: «resulta realmente complicado que una persona que se encuentra en situación de prisión, y por tanto, bajo la tutela directa de las instituciones del Estado, mantenga una vinculación o disposición tal con la banda terrorista que le permita la realización de actos concretos, *más allá de su propia adhesión a una ideología patógena* sustentada en una actividad terrorista y a los postulados por aquélla sostenidos». Es decir, el hecho de autodenominarse preso «político vasco» y de referirse al «M.L.N.V», ponen de manifiesto «que el imputado sigue compartiendo los postulados de la banda terrorista, e incluso que *en su fuero interno [se] continúa sintiendo partícipe o vinculado a ella*» (negrita añadida).

da armada (59). Sin embargo, siguiendo a Silva Sánchez (60), el acto delictivo concreto «debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres y estructuras, para obtener su objetivo de comisión de los delitos concretos de que se trate», puesto que esta forma de imputación es más respetuosa con el Derecho penal del hecho y se aleja del Derecho penal de excepción. Desde esta concepción, es necesario que se realicen *conductas* que contribuyan a las actividades delictivas de la banda armada, esto es, que el perteneciente sea un miembro activo de la organización (61), para la atribución de responsabilidad (62). Lo contrario, esto es, aceptar que es suficiente para integrar el delito de pertenencia a banda armada una declaración que ponga de relieve que en el fuero interno se mantiene o se abraza un ideario criminal, nos sitúa en la órbita del Derecho penal de autor (63),

(59) De este modo, se basa en la idea de que De Juana es «parte de un sistema asocial», que, en cuanto tal afectaría a la paz pública». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿“Pertenencia” o “intervención”?», pp. 1076 ss., con ulteriores referencias.

(60) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿“Pertenencia” o “intervención”?», pp. 1077-1078.

(61) Pese a que la sentencia califica a Iñaki de Juana como miembro o militante activo de tal organización (en dos ocasiones dice de él que es un *miembro activo* de una banda armada, y en otras dos ocasiones lo denomina *militante en activo* de ETA). Sin embargo, si la Audiencia Nacional parte de la pertenencia ideológica del sujeto activo para considerarlo miembro de organización terrorista no puede calificar a dicho sujeto como miembro o militante activo.

(62) En este sentido se manifiesta la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», la cual establece que la mera simpatía ideológica, «no puede constituir la continuación en el delito de pertenencia a banda armada».

(63) Y ello aunque se considere que la afirmación que declara la adhesión a una ideología patógena implica una «manifestación objetiva de la peligrosidad subjetiva del autor». PASTOR MUÑOZ, «El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?», pp. 533-534; ÍDEM, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 61 ss., legitima el delito de pertenencia a una organización criminal en estos términos, esto es, considera que «el comportamiento de quien se hace miembro de una organización [determinada] no es perturbador porque ponga objetivamente en peligro bienes jurídicos, sino porque mediante ese comportamiento el sujeto se manifiesta como peligroso». Sin embargo, a juicio de esta autora, tal planteamiento no significa una vuelta a un Derecho penal de autor puesto que respeta la «exigencia de que el comportamiento tipificado constituya una “perturbación social”»: «el acto de comunicación de la peligrosidad subjetiva del autor constituye una verdadera perturbación social y la pena es una respuesta a ese acto de comunicación, no a la peligrosidad subjetiva cuya existencia se comunica», afirma (*Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 63). Ahora bien, ¿cuándo una «manifestación sería de peligrosidad subjetiva» constituye un hecho perturbador? Según indica, «en el caso de la pertenencia a organización terrorista, el comportamiento del autor consistente en adoptar el estatus de miembro es una manifestación inequívoca de su disposición a cometer delitos» («El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?», pp. 534-535). Sin embargo, si el sujeto declara que es miembro ideológico de una organización (o ello se desprende de sus afirmaciones), ¿está adoptando el estatus de miembro y, por tanto, realizan-

es antiliberal, puesto que castiga los actos internos (64) y cuestiona los fundamentos de un Estado democrático (65).

Además, la doctrina de la pertenencia ideológica conlleva el siguiente problema: si De Juana Chaos o cualquier otro sujeto condenado en su día por pertenencia a organización terrorista que haya mani-

do una manifestación suficientemente seria de «su disposición a cometer delitos»? Si su respuesta fuera afirmativa, tal planteamiento es Derecho penal de autor puesto que dicha declaración no tiene entidad objetiva suficiente como para que la sociedad pueda creer que ese sujeto cometerá delitos en el futuro y, por tanto, para perturbarla. Dicho de otro modo: para que una persona adopte el estatus de miembro, esto es, para que sea miembro de una organización terrorista tiene que hacer algo más que manifestar su ideología. En mi opinión, la teoría elaborada por PASTOR MUÑOZ pertenece al Derecho penal del hecho sólo si considera que la única declaración de voluntad relevante es aquélla de la que explícitamente se desprende que un sujeto se pone a disposición de una banda armada para realizar cualquier conducta que ésta necesite, tiene la posibilidad de hacer lo que promete y puede probarse que a raíz de tal manifiesto la organización se autogestionó contando con esa aportación. Es decir, sólo si una persona declara expresamente su voluntad de estar dispuesto a actuar en el seno de una organización terrorista, se demuestra que puede hacerlo y se prueba que la banda armada aceptó el ofrecimiento y se autogestionó contando con él, dicha manifestación integrará el delito de pertenencia. De este modo, si una persona está en prisión y todavía le quedan muchos años por delante de cumplimiento, decir que su mayor deseo es ayudar a la banda en el futuro no es constitutivo de un delito de pertenencia puesto que objetivamente no es posible que la organización pueda contar con su aportación. Y, si pese a poderse realizar aquello prometido, la organización terrorista no toma en consideración el ofrecimiento o no se puede probar su aceptación, podrá plantearse, como mucho, una tentativa de pertenencia. Sin embargo, pese a que *lege ferenda* me parece posible castigar la tentativa de un delito de mera actividad (véase sobre esta cuestión ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 94 ss.; y POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, pp. 36-37), puede interpretarse que el tenor literal del artículo 16.1 CP lo impide al incluir en la definición de tentativa los actos que deberían producir el *resultado*, ya que en los delitos de mera actividad tal resultado no existe (en contra de esta opinión véase ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 96-97, con ulteriores referencias). Según este autor, «el marco semántico de la acepción “resultado” no parece muy claro en la dogmática penal actual», sino que puede entenderse de tres maneras distintas, y se decanta por la acepción de «resultado típico», «consistente en la completa realización del tipo legal de la Parte Especial». Sin embargo, pese a que es cierto que literalmente pueden mantenerse ambas posturas, teniendo en cuenta que los delitos de actividad suponen un significativo avance de las barreras de punición, no castigar su forma intentada es la interpretación que me parece más respetuosa con determinados principios político-criminales como el de intervención mínima.

(64) Como pone de relieve FERRAJOLI, «La legge sulla dissociazione», p. 271, dar relevancia a la conciencia de un penado, «contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos».

(65) Como afirma FERRACUTI, en *Terrorismo Internacional*, p. 172, el aspecto que rechazamos del terrorismo es solamente el uso de la violencia, por lo que «en una democracia occidental, no son las ideas en sí (...), sino el hecho de que alguien usa la violencia para imponerlas a los demás», lo que debe censurarse.

festado que nunca abandonó los postulados ideológicos de aquella salen de prisión y realizan de nuevo actos materiales en favor de la banda armada, no podrán volver a ser condenados por aquel delito. Sólo se les podrá castigar si llevan a cabo actos directamente vinculados con otras figuras delictivas, esto es, si se pueda probar su autoría o participación en un hecho delictivo concreto, consumado, intentado o en fase de preparación (66).

a) *Derecho penal de autor: el castigo a partir de la pertenencia ideológica*

De la sentencia se desprende la vuelta a un Derecho penal de autor, aunque la propia Audiencia Nacional afirma que no es así. Es cierto, como acabo de indicar, que De Juana Chaos no es condenado por pertenencia. Sin embargo, en mi opinión, el castigo por el delito terrorista de amenazas se fundamenta, en realidad, en lo que el acusado ha sido y en lo que es, y no en sus actos concretos. La calidad del sujeto activo, esto es, el hecho de que De Juana sea un activo miembro de ETA, «condenado por numerosas acciones terroristas» que «en ningún momento ha mostrado ni arrepentimiento ni intención de resocialización alguna» (67) constituye la razón de ser de la condena, puesto que en su conducta no había peligrosidad objetiva alguna.

b) *¿Por qué hacer referencia a la colaboración?*

En un pasaje de la sentencia, se afirma que la conducta del condenado «podría englobarse en un acto de colaboración, entendida como la contribución a la estrategia de la banda terrorista, (...), mediante la ejecución de un delito de amenazas terroristas». A su juicio, quien contribuye a la consecución de los objetivos de una organización terrorista, *aunque no pertenezca a ella*, está «aportando elementos favorecedores de aquella actividad» y, por tanto, está realizando un acto de colaboración. Sin embargo, la Audiencia Nacional no castigó por dicho delito al considerar que el delito de amenazas terroristas absorbía al artículo 576 CP.

(66) No sigue esta línea la posterior SAN de 2 de febrero de 2007 (ponente Fernández Prado) que considera a Henri Parot miembro de organización terrorista, pese a que ya había sido condenado en el pasado por este delito, puesto que dicho sujeto «reanudó una pertenencia en ETA activa y eficaz»; ni la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», que establece que si este sujeto, una vez en libertad, «se integra en ETA, puede otra vez ser enjuiciado por este mismo delito, al ser hechos diferentes los relativos a su otra incorporación a tal organización terrorista».

(67) La referencia a quién es y a quién ha sido el sujeto activo está presente en toda la sentencia.

Ahora bien, un sujeto que pertenece a organización terrorista, ¿puede ser sujeto activo del delito de colaboración con banda armada? Es decir, ¿se puede pertenecer y colaborar a la vez? Según afirman correctamente (68) la doctrina unánime (69) y los Tribunales (70), los actos de colaboración sólo pueden realizarse por los sujetos que no pertenezcan a una banda armada. En una organización terrorista, o se es miembro o se es colaborador, pero una misma persona no puede ostentar ambos roles o condiciones.

C) REFERENCIA A LA DESPROPORCIÓN DE LA PENA

Por último, quisiera hacer referencia al carácter desproporcionado de la pena impuesta (71), aunque aquél no se debe al modo de operar del Poder Judicial sino a los preceptos de nuestro Código Penal.

Los delitos de terrorismo tipificados en los artículos 571 a 574 CP parten de los delitos comunes, pero tienen prevista mayor pena que

(68) LLOBET ANGLÍ, «Los delitos de terrorismo en el Código penal español», p. 142.

(69) Véanse CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 74; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1391; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2616; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4902; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 715; MIRANDA STRAMPES, en SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, p. 1972; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 910; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1040; SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, «Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho», p. 82.

(70) Por ejemplo, la SAN de 24 de junio de 1999 (ponente Fernández Prado) sostiene que el tipo de colaboración «requiere que el sujeto no sea integrante» (*negrita añadida*).

(71) Cuestión a la que la propia sentencia hace referencia cuando dice que la pena de 12 años y 7 meses «en principio pudiera parecer desproporcionada». Sin embargo, considera con razón que los mecanismos para paliar dicha desproporción no son dejar impune la conducta, sino plantear una cuestión de inconstitucionalidad, proponer al Ejecutivo la concesión de un indulto parcial o acudir en su caso a los beneficios penitenciarios. En este sentido, es significativa la sentencia de la Audiencia Nacional que a mediados de septiembre de 2006 condenó a Iñaki Bilbao a dos años de prisión por un delito de amenazas dirigidas contra el Juez Baltasar Garzón. En tal resolución, dicho Tribunal criticó la actuación del fiscal del caso, por haber rebajado de doce a dos años la petición de cárcel al considerar que la pena prevista para el delito terrorista de amenazas era la misma que corresponde a un homicidio y, por tanto, desproporcionada (información obtenido de la prensa puesto que esta sentencia no está disponible en ninguna base de datos; véase *El Confidencial* de 13 de septiembre de 2006, www.elconfidencial.com).

éstos por el hecho de realizarse en el ámbito de dicho fenómeno. Los delitos de terrorismo se caracterizan porque su comisión no sólo afecta a los bienes jurídicos individuales atacados, sino también, en un plano simbólico (72), a los «elementos esenciales de la organización o convivencia social recogidos en la Constitución» (73). De este modo, y en general, tal agravación es acertada puesto que tales conductas tienen mayor contenido de injusto, por lo que la pena ha de ser superior a la prevista para los correspondientes delitos comunes.

No obstante, cuestión distinta es «cuánto más» hay que castigar. No me parece legítimo, por vulnerar los principios de proporcionalidad y responsabilidad por el hecho, el aumento que se produce respecto a determinados tipos, especialmente en los delitos de lesiones no agravadas por el resultado, detenciones ilegales, amenazas y coacciones previstas en el artículo 572.1.3.º CP y en algunas modalidades de tenencia y tráfico de armas y explosivos castigadas en el artículo 573 CP. Pasar de una *pena de multa* a una privativa de libertad igualable a la de un homicidio común, esto es, *pena privativa de libertad de diez a quince años*, sólo porque el sujeto activo está relacionado con el fenómeno terrorista –como sucede, por ejemplo, en el ámbito de las coacciones (art. 172 CP) o de las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito (art. 171.1 CP)–, es una previsión que no proviene de considerar la gravedad del hecho cometido, sino de tener presente la personalidad del autor, y es desproporcionada.

3. La STS de 26 de febrero de 2007

Tanto la representación del procesado como la acusación popular interpusieron recurso de casación contra la SAN de 8 de noviembre de 2006. De este modo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García), estimando en parte el recurso de Iñaki de Juana Chaos, le ha rebajado la pena impuesta de 12 años y 7 meses a 3 años de prisión. A juicio de la Sala Segunda,

(72) CANCIO MELIÁ, en *Derecho penal del enemigo*, p. 131. Téngase en cuenta que si la organización terrorista llegara a poner en peligro real la propia existencia del Estado democrático de Derecho nos situaríamos en el estado de excepción y se pondrían en funcionamiento los mecanismos previstos para estas situaciones, los cuales también entrarían en funcionamiento por otros motivos y, en consecuencia, no están vinculados de manera específica con el fenómeno terrorista. Por tanto, la lesión a este sistema de Estado es *simbólica*. En sentido similar, véase SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, «Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho», p. 79.

(73) CANCIO MELIÁ, «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo», pp. 23-24.

algunas de las declaraciones vertidas por dicho sujeto en los mencionados artículos periodísticos son constitutivas de un delito de amenazas (no terroristas) (74) tipificado en el artículo 170.1 CP en relación con el artículo 169.2 CP (amenazas no condicionales) en concurso ideal con un delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo descrito en el artículo 578 CP (75). Concretamente, para apreciar el delito de amenazas, se basa en la parte final del escrito titulado «El Escudo», donde, según dicho Tribunal, De Juana conmina a determinados colectivos competentes de la lucha contra ETA a sacar sus «sucias manos de Euskal Herria» si no quieren quedarse sin ellas (76). Y, el castigo por apología del terrorismo lo extrae de unas manifestaciones vertidas en la carta «Gallizo», en las que, a juicio de la Sala Segunda, dicho sujeto alaba al colectivo de presos etarras y justifica sus crímenes.

A) EL DELITO DE AMENAZAS DIRIGIDAS CONTRA UN COLECTIVO

El artículo 170.1 CP castiga las amenazas de mal constitutivo de alguno de los delitos previstos en el artículo 169 CP, cuando éstas fueran dirigidas a «atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo». La pena prevista es la superior en grado a las que establece el artículo 169 CP, esto es, de 5 a 7 años y medio si la amenaza es condicional y de 2 a 3 años y medio si no se impone ninguna condición.

(74) El Tribunal Supremo no ha apreciado las amenazas en su modalidad terrorista (art. 572.1.3.º CP), puesto que para ello el sujeto activo tiene que pertenecer o colaborar con banda armada u organización terrorista, lo que, a su juicio, no sucedía en este caso.

(75) A esta sentencia se le formulan tres votos particulares. El primero, suscrito por el magistrado Julián Sánchez Melgar, discrepa del criterio mayoritario en dos extremos: a su juicio, las amenazas vertidas por De Juana tuvieron el carácter de condicionales, por un lado, y, por el otro, considera que entre los delitos de amenazas y enaltecimiento del terrorismo apreciados en este caso existe una relación de concurso real, y no, como califica la mayoría, de concurso ideal pluriofensivo (el magistrado José Manuel Maza Martín se adhiere al voto particular en lo referente a esta segunda discrepancia). El segundo está suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García, quien considera que De Juana Chaos debió haber sido absuelto. Del mismo modo, llega a esta conclusión, aunque mediante otros razonamientos, el voto particular formulado por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

(76) Curiosamente, la Audiencia Nacional sólo hace referencia a esta expresión de paso, aunque es la única que tiene una estructura de amenazas.

Este delito ha tenido escasa relevancia práctica desde su tipificación (77). En concreto, sólo cuatro resoluciones hacen referencia a él (78). En concreto, dos son sentencias que estiman la aplicación de este delito, aunque sólo una en el ámbito del terrorismo (79), y respecto a las restantes, una es un auto desestimatorio de querrela (80) y la otra es una sentencia absolutoria (81).

A juicio de la Sala Segunda, la siguiente afirmación: «Sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria. ¡Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimientos! O el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas», reúne los requisitos para apreciar esta modalidad de amenazas: en primer lugar, el mal con el que se conmina es constitutivo de delito puesto que se expresa «con la metáfora quedarse sin manos»; en segundo lugar, la frase amenazante se dirige contra los colectivos de «jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura [y] carceleros sin escrúpulos», a los que De Juana hace referencia en el propio artículo; y, en tercer lugar, por su contenido y contundencia, la amenaza es calificada de grave e idónea para atemorizar a estos colectivos, los cuales «tienen relación con el País Vasco o con los órganos penales de la Audiencia Nacional

(77) El antecedente de este delito se encontraba en el artículo 496 CP'73, que fue introducido en aquel cuerpo legal por la legislación antiterrorista de 1978 (Ley 82/1978, de 28 de diciembre). Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la dicción de este precepto ha sido modificada por la LO 2/1998, de 15 de junio, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que amplió el «ámbito de personas protegidas frente a las amenazas terroristas» (cfr. la exposición de motivos de la propia ley).

(78) La búsqueda la he realizado en la base de jurisprudencia Aranzadi www.westlaw.es, mediante la opción del tesoro.

(79) Véanse la SAP-Almería de 20 de octubre de 1999 (ponente Ruiz-Rico Ruiz-Morón), que condena a un sujeto que, estando ingresado en un hospital durante el período comprendido entre los días 27 de abril al 19 de mayo de 1999, hizo objeto de amenazas de muerte de forma reiterada a todo el personal del servicio médico en cada ocasión en la que cualquiera de ellos acudía a atenderle (no deja de llamar la atención que siendo el origen de este delito una legislación antiterrorista se haya acabado aplicando en este supuesto, en el que también se apreció una eximente incompleta por enajenación mental); y la STS de 28 de junio de 1986 (ponente Huerta y Álvarez de Lara), ésta sí, en el ámbito del terrorismo.

(80) Véase el ATS de 25 de julio de 2001 (ponente Maraño Chávarri) que desestima la querrela interpuesta contra el anterior presidente del Gobierno, José María Aznar por delito de amenazas dirigidas contra un colectivo por la siguiente expresión realizada en una entrevista mantenida en el diario *El Mundo* el 8 de octubre de 2000: «Los actuales dirigentes del PNV no se pueden ir de rositas, y los de HB tienen que acostarse sin saber si van a levantarse entre rejas».

(81) Véase la SAP-Guipúzcoa de 11 de julio de 2001 (ponente Ortiz de Zárate). Los hechos de esta sentencia están explicados *infra* en el texto de este apartado.

o con las prisiones donde se hallan o se han hallado reclusos los presos por su participación o colaboración con ETA» (82).

Sin embargo, puesto que esta figura es una modalidad agravada del delito de amenazas de mal constitutivo de delito (83), los requisitos que tienen que concurrir para aplicar el artículo 170.1 CP son los mismos que los que se exigen en el artículo 169 CP (84). De este modo, para apreciar el delito de amenazas dirigidas contra un colectivo falta, al igual que ocurre para la calificación de amenazas a un individuo concreto, el requisito de que el mal anunciado dependa de la voluntad de quien amenaza, puesto que De Juana no podía «por si sol[o], por carecer de medios para ello, desplegar una fuerza en sentido estricto de acciones violentas contra las instituciones a las que dirig[ía] su crítica en relación a la política por ellas desarrollada con el pueblo vasco y el mal anunciado».

Este es el argumento del que se sirve la SAP-Guipúzcoa de 11 de julio de 2001 (ponente Ortiz de Zárate) para absolver a la acusada de este delito, quien, como miembro de *Jarraí*, realizó las siguientes manifestaciones en una rueda de prensa: «si quieren guerra, pues la van a tener, porque está demostrado que aquí, luchando, peleando, es la única manera y es muy triste decirlo, pero es la única manera que tenemos de conseguir la paz» (85).

(82) En cambio, el magistrado Joaquín Giménez García, en su voto particular a la sentencia que nos ocupa, considera que la expresión «“... o el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas (las manos)...”», es un lenguaje figurado porque al final –según el recurrente–, la historia acreditará que los postulados de ETA triunfarán y fracasarán los que se oponen a ello». Por esta razón, considera que no existen «la concisión, seriedad y concreción exigibles para el delito de amenazas a colectivos genéricamente determinados». También el voto particular suscrito por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la misma sentencia pone de relieve que esta expresión es una metáfora y que la amenaza de amputación también podría estar haciendo referencia simbólica a «una multitud indeterminada de sujetos institucionales». Por esta razón, la considera demasiado inconcreta para que pueda operar sobre ella «el *ius puniendi*, en los términos de taxatividad y rigor que reclama el principio de legalidad penal del Estado constitucional de derecho».

(83) Como pone de relieve BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 175, «el sentido agravatorio de la norma está expresado a través de las “penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”».

(84) En este sentido, véase el ATS de 25 de julio de 2001 (ponente Marañón Chávarri), y, en la doctrina, DEL ROSAL BLASCO, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 198. Sin embargo, hay que poner de relieve que la sentencia objeto de este comentario establece que el mal al que se refiere el artículo 170.1 CP ha de ser constitutivo de cualquier delito, y no sólo «de los delitos que se enumeran en la larga lista del artículo anterior».

(85) Este delito, en el ámbito del terrorismo, es aplicable, por ejemplo, a Bin Laden o a otros miembros de *Al Qaeda* por las amenazas realizadas contra los EE.UU. o sus aliados, anunciándoles la perpetración de nuevos atentados, que aparecen en grabaciones

Además, este requisito también puede vincularse con el de la gravedad necesaria para conseguir la finalidad de atemorizar al grupo de personas de que se trate, exigido por el tenor literal del artículo 170.1 CP. Según indica la propia sentencia, dicho elemento conlleva que en las amenazas tipificadas en este precepto ha de concurrir «la idoneidad o aptitud para atemorizar». Ahora bien, con los datos de los que disponían las víctimas (o podían disponer) en el momento de publicarse las citadas epístolas, no era racionalmente posible creer que un sujeto que no pertenecía a la organización terrorista ETA –como la propia sentencia considera al absolver a De Juana por este delito y por el de amenazas terroristas–, y que se encontraba privado de libertad pudiera realizar amenazas *aptas* para atemorizar a determinados colectivos con un mal que debería ejecutar algún miembro de aquella banda armada (86).

B) EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

Como es sabido, el Código Penal de 1995 regula, en su artículo 18.1.II, la figura tradicional de la apología, esto es, la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Sin embargo, la configura como una modalidad de provocación exigiendo que para ser punible tiene que constituir una provocación directa a la comisión de un delito.

Por esta razón, la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal (...), en relación con los delitos de terrorismo, introdujo el artículo 578 CP que castiga «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución» (87).

Como se desprende de su tenor literal, este precepto castiga lo que doctrina y jurisprudencia denominan apoyo o solidaridad moral o ideológica (88) con determinadas acciones delictivas o colaboración espiritual o anímica (89).

televisadas. Por tanto, en estos casos, debería apreciarse el delito terrorista de amenazas dirigido contra una colectividad (art. 572.1.3.º CP en relación con el art. 170.1 CP).

(86) En sentido prácticamente idéntico se pronuncia el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en su voto particular a la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos».

(87) La exposición de motivos de esta ley pone de relieve que las conductas tipificadas en el artículo 578 CP son independientes de lo dispuesto en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

(88) Véase el ATS de 23 de mayo de 2002 (ponente Andrés Ibáñez). En la doctrina, REBOLLO VARGAS, «La apología y el presagio de un futuro inmediato de gran sufrimiento», p. 38; y DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», p. 205, describen la tradicional figura de la apología como «adhesión ideológica».

(89) Cfr. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 195.

Según la sentencia que nos ocupa, en la carta «El Escudo», De Juana ensalza a los presos etarras, por un lado, y por el otro, justifica los crímenes por los que estos sujetos fueron condenados. A juicio del Tribunal Supremo, en tal epístola existe un tono apologético «respecto de lo que ellos denominan colectivo de los presos vascos y de las razones por las cuales éstos ingresaron en prisión».

Ahora bien, en lo referente al enaltecimiento de los *autores de los delitos de terrorismo*, existe el siguiente problema para apreciar su concurrencia: la sentencia basa el castigo en el repetido «tono de alabanza» con el que De Juana se refiere a «los más de 700 presos compañeros y compañeras con miles de años por cumplir, de quienes se pone de manifiesto su buen comportamiento por resistirse a la resocialización que con ellos se pretende en el interior de las prisiones». Por tanto, no enaltece a estos sujetos en su condición de autores de delitos de terrorismo, sino en la de presos, por el hecho de no haber sucumbido al ideario del Estado español pese a encontrarse cumpliendo condena. De Juana, en este punto, exclama su satisfacción porque ninguno de ellos se ha sometido a la resocialización, teniendo en cuenta que en el propio artículo pone de relieve que «resocializar en el sentido utilizado por el enemigo implica la derrota y la captación de los contravalores que de tan magnífica manera representan todos los López Aguilar, Zapatero y Gómez Bermúdez».

Imaginemos otro ejemplo: un sujeto alaba la actitud de los presos detenidos en la base militar de Guantánamo, no por haber atentado contra «los enemigos infieles» (razón de su custodia), sino por no estar cediendo a los abusos de sus guardianes. En mi opinión, esta persona no está alabando a dichos presos en su condición de «autores de delitos de terrorismo» sino en la de detenidos que no sucumben a las prácticas de interrogatorio norteamericanas para obtener información.

Respecto a la justificación de los crímenes cometidos por los presos etarras, la Sala Segunda infiere que cuando De Juana dice que éstos «tienen el escudo de la razón», «está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados». Sin embargo, tal afirmación, en el contexto del párrafo en que se inserta, va referida a una razón política o ideológica, puesto que si los presos etarras no se han reinsertado en el sentido de asumir las ideas del Estado español es «porque [tienen] el escudo de

la razón». Y, en este sentido, la STSJ-País Vasco de 17 de mayo de 2004 (ponente Ruiz Piñeiro) establece que cuando no está claro el alcance de determinadas declaraciones, la presunción de que éstas son políticas cabe antes que otras presunciones de distinta índole; es decir, «antes ha de presumirse que [unas expresiones] son políticas que de otro tipo».

Además, es dudoso que la persona que ha realizado el hecho delictivo objeto de alabanza o justificación pueda incurrir en la conducta tipificada en este precepto, si no que más bien tiene que considerarse un acto posterior impune. Parece obvio que quien ha cometido un delito de los calificados como «de terrorismo» va a justificar y elogiar su conducta y, por ende, la de otros sujetos que hayan actuado de igual modo o formen parte del mismo colectivo. En mi opinión, el autoensalzamiento o la autojustificación no pueden ser comportamientos típicos, es decir, no puede ser sujeto activo de este delito quien haya cometido el hecho elogiado o justificado (90). Sin embargo, no comparte esta idea la STS de 31 de diciembre de 1983 (ponente Rodríguez López), puesto que según indica «aunque normalmente la apología se refiere a conductas ajenas, las propias pueden exceder de la simple justificación —que por otra parte suelen ofrecer la mayoría de los delincuentes como exculpación de sus crímenes—, sino que además se alaba, ensalza, se aprueba, elogia y defiende tales conductas sin que aparezca en su redacción el más mínimo indicio de arrepentimiento». Sin embargo, con esta argumentación está afirmando que es posible castigar a un sujeto por el mero hecho de no arrepentirse, lo que en nuestro sistema de Estado no es de recibo.

(90) En este sentido, BELLOCH JULBE, «Libertad de expresión y violencia. La apología», p. 49, considera que la apología «alude a la conducta o a la persona de un tercero, sin que la autoapología esté prevista en ninguno de los textos legales como una conducta típica, viniendo a ser, (...), una *contradictio a terminis* su mera enunciación». Y, añade que «tales mecanismos de autojustificación o autoelogio son en nuestro marco legal impunes por atípicos de forma análoga a lo que ocurre en la generalidad de los casos, y salvo expresa previsión legal en contrario, con los supuestos de autoencubrimiento, por cuanto ese tipo de conductas quedan habitualmente absorbidas por la autoría». También parece que sigue esta línea aunque de manera algo confusa RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 51, cuando sostiene que «debe entenderse que esas conductas de autoelogio del hecho delictivo por su autor, deben quedar consumidas por el tipo que castiga el delito. No obstante, ello no excluye que la conducta sea típica y, desde luego, de ninguno de los preceptos que regulan la apología puede extraerse la conclusión de que queda excluido como autor de este delito el autor de la infracción objeto de la misma».

Por último, sin entrar a analizar si este delito tiene un fundamento legítimo (91) ni si vulnera la libertad de expresión (92), conviene mencionar que la exposición de motivos de la citada ley afirma lo siguiente: «No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos».

Por tanto, en el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, lo penalmente reprochable es la adhesión a los métodos terroristas, esto es, a la violencia, a los delitos cometidos para alcanzar un determinado fin, a sus actividades, pero no a la finalidad perseguida por dicha metodología (93). De Juana, en los artículos periodísticos origen

(91) Sobre esta cuestión, PRATS CANUT Y RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.504, ponen de relieve que la opción de interpretar el artículo 578 al margen de la definición legal de la apología añade «más dudas a las ya existentes acerca de la idoneidad en términos de garantías» puesto que se aparta «de la senda de tutela de bienes jurídicos y niega el principio de ofensividad»; también CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN, BOIX REIG., ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1050, considera que la fórmula del artículo 578 es de «indefendible constitucionalidad», puesto que este precepto contiene «un concepto extensivo de apología que contradice abiertamente la regulación de la Parte General, constituyendo, por tanto, una excepción a lo allí dispuesto»; y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 912, cuando dice que el artículo 578 plantea serias dudas de constitucionalidad puesto que no atiende a los límites de la apología, como forma de incitación directa a cometer un delito.

(92) Cfr. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 215-216. Consideran que este precepto puede ser «objeto de crítica desde la perspectiva de la delimitación del derecho a la libertad de expresión» COBO DEL ROSAL, QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1136. Más contundentes, CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN, BOIX REIG., ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.050, indica que este artículo «es una limitación a la libertad de expresión que va mucho más allá de lo que es lícito reprimir»; y PRATS CANUT, RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2504.

(93) Como afirman el ATS de 23 de septiembre de 2003 (ponente Andrés Ibáñez) y la SAN de 27 de abril de 2006 (ponente Sánchez Martínez), los «actos de “enaltecimiento o justificación”, tienen que (...) inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto» (*negrita añadida*). Las manifestaciones han de expresar identificación con las actividades y los métodos de actuación de una organización terrorista (SAN de 27 de abril de 2006).

de este caso, en ningún momento enaltece ni justifica los delitos de terrorismo o sus autores. Simplemente, se adhiere al ideario de la organización terrorista ETA, esto es, expresa «un planteamiento ideológico, que no pierde tal carácter por el hecho de ser aberrante» (94), y critica a diversas autoridades y funcionarios públicos y a la política penitenciaria seguida por el Gobierno de Zapatero (95).

III. VALORACIONES

Algunos de los autores que han tenido ocasión de pronunciarse sobre las últimas resoluciones en materia de terrorismo han puesto de relieve que constituyen una derrota para el Estado de Derecho (96).

Siempre se ha afirmado que la lucha contra el terrorismo es necesaria para la preservación del Estado democrático de Derecho (97), y que para que ésta sea efectiva hay que adoptar determinadas medidas excepcionales (98), aunque con ciertos límites (99). Sin entrar a valo-

(94) Así lo expresa el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en su voto particular a esta sentencia.

(95) En el mismo sentido, cfr. el voto particular suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García a la sentencia que nos ocupa.

(96) VIVES ANTÓN, «Una sentencia discutible», sostiene, respecto a la decisión del Tribunal Supremo en el «caso Parot», que esta «“interpretación novedosa” no parece una victoria del Estado de derecho, sino más bien una grave claudicación de éste». En el mismo sentido, Paredes Castañón, en una carta al director publicada en *El País* de 16 de marzo de 2006 donde se suma a la opinión de Vives Antón en su artículo periodístico «Una sentencia discutible», considera que esta sentencia es «una derrota del respeto a la Constitución, a la ley y a los derechos fundamentales». Según este autor, «la justicia no debería entender de sentimientos (comprensibles, por lo demás), de oportunidades políticas ni de presión de los medios de comunicación». Sin embargo, añade, el Tribunal Supremo ha puesto «todas estas cosas por delante del respeto a la ley y al Derecho. Y por ello, nuestro Estado de derecho es hoy un poco más débil y se halla un poco más en peligro que antes de dicha decisión». Respecto al «caso De Juana», véase DE LA CUADRA, «De Juana y los jueces», y también el voto particular suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García a la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos».

(97) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 22.

(98) En este sentido, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/1979 ponía de relieve que «la excepcional entidad del ataque terrorista obliga a adoptar medidas excepcionales para salvaguardar el sistema democrático». Cfr., en la doctrina, RAMOS VÁZQUEZ, «Terrorismo e intervención penal», p. 100, cuando dice que «la legislación antiterrorista es de carácter excepcional», y pp. 102 y 105; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 16, 29 y 62.

(99) TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 14.

rar la necesidad de acudir a un Derecho de excepción para la efectividad de la lucha contra este fenómeno –tales consideraciones excederían de lo que se pretende en este comentario, pese a que soy escéptica respecto a esta afirmación–, considero que, sea como fuere, tienen que existir unos límites. El Estado democrático de Derecho debe buscar el equilibrio entre la conservación de tal sistema político y la adecuada respuesta al fenómeno terrorista (100). Por tanto, las estrategias antiterroristas tienen que ser compatibles con las garantías individuales recogidas en la Constitución (101) de todos, también de los etarras –y de los terroristas, en general–, y someterse a la ley vigente en el momento de comisión de los hechos.

Puede discutirse que 30 años de prisión no son suficientes para un sujeto que ha matado a veinticinco personas (102). En este sentido, la pena prevista para estos supuestos desde la LO 7/2003, de 7 de julio, es de 40 años (103). E incluso esta cifra a muchos les puede seguir pareciendo injusta. Por tanto, pueden abogar por la cadena perpetua (104) o

(100) Cfr. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 17 y 58-59. Y, como pone de relieve TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 23, «las democracias encuentran sus posibilidades de defensa recortadas por el respeto a las libertades fundamentales». En el mismo sentido, véase DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 125 ss., cuando explica las diferentes maneras que una sociedad amoral y una sociedad democrática tienen de luchar contra el terrorismo.

(101) MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 60-61 y 86-87. También TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 23, considera que «el primer objetivo de una estrategia antiterrorista debe ser el mantenimiento de la democracia y el imperio de la ley» y, p. 24, que «no está claro que el mantenimiento de la democracia como abstracción pueda lograrse recortando progresivamente las concretas libertades democráticas». En el mismo sentido, BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp. 54-55, pone de relieve que corren voces de que las sociedades occidentales escriben seguridad y milicia en mayúsculas y libertad y democracia en minúsculas, lo que equivaldría «a una victoria de los terroristas, ya que los países modernos se privarían espontáneamente de lo que les hace atractivos y superiores: la libertad y la democracia».

(102) Como afirma la prensa, «Iñaki de Juana Chaos, condenado a más de dos mil años de cárcel, de los que sólo debe cumplir un máximo de 30» (28 de enero de 2004, Terra/Agencias, www.terra.es).

(103) Lo que, con razón, ha sido duramente criticado por la doctrina al considerar que tal previsión atenta contra los principios de humanidad y resocialización de las penas (véanse los autores que han tratado esta cuestión en LLOBET ANGLÍ, «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas»). Y es que, según los expertos, ninguna pena de prisión debería superar los 15 años, «aunque se trate de una aspiración no realizada en la mayoría de países» (cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 131-132).

(104) Si 40 años con el modelo de ejecución actual, introducido por la citada LO 7/2003, no es ya una cadena perpetua. Cfr. LLOBET ANGLÍ, «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas», pp. 11 ss., con ulteriores referencias.

incluso por la pena de muerte (105). Sin embargo, cualquiera que sea nuestra legislación en el futuro, nadie puede estar encerrado ni un día más que 30 años por los hechos cometidos bajo la vigencia del Código Penal de 1973 o del de 1995 hasta el 2 de julio de 2003, ni un día más de 40 desde la entrada en vigor de la LO 7/2003. Y cierto es también que la concesión de la redención de penas por el trabajo fue automática y sin control [¿cómo es posible que sujetos condenados por terrorismo se beneficiaran de 12 años de redenciones de penas, y no sólo ordinarias sino también extraordinarias, y no sólo hasta 1995 sino también después, cuando ya estaban derogadas (106)?!]. No obstante, eso era lo que legalmente había y guste o no De Juana Chaos debería haber quedado en libertad cuando terminó de cumplir condena por sus, esto no lo duda nadie, atroces delitos, que provocaron la muerte de veinticinco personas. Esto es un Estado de Derecho.

El terrorismo nos vence cada vez que en su erradicación vulneramos nuestro sistema de Estado (107), puesto que es una paradoja que con la finalidad de protegerlo cualquier medio esté permitido, incluso saltárselo. Como afirma Mestre Delgado (108), «en la legislación antiterrorista, la legislación ha de utilizarse como medio y como fin». Además, con esta forma de proceder el Estado democrático de Derecho regala mártires al terrorismo y les da motivos para seguir luchando. En definitiva, con tal manera de combatir el terrorismo desde la legitimidad democrática, se ha cohesionado lo que tal sistema dice combatir y se han negado en la práctica los principios que dice profesar (109).

(105) Aunque desde mi punto de vista la pena capital no es posible en un Derecho penal de un Estado democrático (cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 131-132).

(106) Resulta que el legislador de 1995 quiso acabar con este beneficio, pero posteriormente quien fue el responsable de controlar su concesión a los sujetos que habían delinquido bajo la vigencia del Código Penal de 1973 siguió dándolos sin ningún control.

(107) En el mismo sentido, véase TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 36, quien afirma que el Estado constitucional «cae en la provocación terrorista» cuando cede sus «genuinas señas de identidad garantista». Según VIVES ANTÓN, «Una sentencia discutible», «para quienes creemos que el Estado de derecho no admite fisuras y que es capaz de triunfar frente a sus enemigos sin renunciar a ninguno de sus principios básicos no hay, pues, motivo alguno de alegría, sino más bien de desencanto, de duda y de tristeza». También el voto particular a la STS «caso Parot» considera que «una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales».

(108) MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 87.

(109) SORIANO SORIANO, «El terrorismo y el Tribunal Supremo», p. 180.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria núm. 232, 6 de marzo de 2003, pp. 11857-11878.
- ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, 2001.
- ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, «Informe de la asociación profesional de la Magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente», en *Actualidad Penal* núm. 23, 7-13 de junio, 1993-I, Doctrina XXIII, pp. 317-329.
- ASUA BATARRITA, Adela, en «El dilema De Juana», en *La Vanguardia* de 27 de enero de 2007.
- BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, Granada, 2004.
- BARQUÍN SANZ, Jesús, «Artículo 170», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo VI, pp. 171-181.
- BECK, Ulrick, *Sobre el terrorismo y la Guerra*, Barcelona, 2003.
- BELLOCH JULBE, Juan Alberto, «Libertad de expresión y violencia. La apolo-gía», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pp. 33-57.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Los actos preparatorios punibles*, Valencia, 2000.
- *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, 1997.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2.ª ed., Navarra, 2006, pp. 85-152.
- «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, julio de 2002, pp. 19-26.
- «De los delitos de terrorismo: artículos 571 a 580», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.) y JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 1385-1395.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Delitos contra el orden público», en VIVES ANTÓN, Tomás S.; BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Valencia, 2004, pp. 1021-1055.
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal: Parte General (Lecciones 26-40)*, 2.ª ed., Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, «Lección 60. Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2004, pp. 1123-1140.

- DEL RÍO FERNÁNDEZ, LORENZO, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial, requisitos y modalidades*, Valencia, 1997.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Lección 7. Delitos contra la libertad II», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2004, pp. 189-205.
- «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en VIVES ANTON, Tomás y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996, pp. 185-213.
- *La provocación para cometer delito en el Derecho Español (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código Penal*, Madrid, 1986.
- DE LA CUADRA, Bonifacio, «De Juana y los jueces», en *El País* de 18 de noviembre de 2006 (www.elpais.com).
- DERSHOWITZ, Alan M., *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, 2004.
- FERRACUTI, Franco, en DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, «La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza», en *Questione giustizia*, 1987, núm. 2, pp. 268-277.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, «De los delitos de terrorismo», en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 2603-2633.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L., «El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (Coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 57-127.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto, «De los delitos de terrorismo: artículos 571 a 580», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo III, Madrid, 1997, pp. 4876-4910.
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Tema 22: Delitos contra el orden público», en ÍDEM (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Madrid, 2005, pp. 689-721.
- LARRAURI, Elena, *Libertad y amenazas*, Barcelona, 1987.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias», en *InDret* 1/2007 (www.indret.es).
- «Los delitos de terrorismo en el Código penal español», en YACOBUCCI, Guillermo J. (coord.), *El crimen organizado*, Buenos Aires, 2005, pp. 125-156.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot», en *La Ley* de 17 de marzo de 2006 (www.laley.net).
- MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987.

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Barcelona, 2004.
- MIRANDA STRAMPES, Manuel, «De los delitos de terrorismo: artículos 571 a 580», en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, pp. 1967-1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.^a ed., Valencia, 2004.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, en la sección cartas al director publicada en *El País* de 16 de marzo de 2006.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, «El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del “peligro del peligro”», en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Montevideo-Buenos Aires, pp. 523-548.
- *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- «Artículos 17 y 18», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, pp. 953-975.
- PRATS CANUT, Josep Miquel, «Delitos contra la libertad», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.^a ed., Navarra, 2004, pp. 169-273.
- PRATS CANUT, Josep Miquel y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, «De los delitos de terrorismo», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.^a ed., Navarra, 2004, pp. 2479-2507.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, 2004.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, «Delitos contra la libertad», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006, pp. 79-96.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, «Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *Ius Puniendi*», en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 89-126.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997.
- «La apología y el presagio de un futuro inmediato de gran sufrimiento», en *Jueces para la Democracia*, núm. 28, marzo de 1997, pp. 36-38.
- REINARES, Fernando, *Terrorismo Global*, Madrid, 2003.
- RÍOS MARTÍN, Julián, «Realidad penitenciaria: la justicia penal vista desde las consecuencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario II*, XVII, CGPJ, 2003, pp. 477-559.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Buenos Aires, 2006.

- RUIZ LANDÁBURU, María José, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.^a ed., Madrid, 2004.
- SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, «Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002, pp. 73-84.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿“Pertenencia” o “intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coords.), en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 1069-1094.
- SORIANO SORIANO, José Ramón, «El terrorismo y el Tribunal Supremo», en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 177-198.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María GARCÍA ALBERO, Ramón/RODRÍGUEZ PUERTA, María-José/SAPENA GRAU, Francesc, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2.^a ed., Valencia, 2005.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3/1988 y 4/1988 de reforma del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1988.
- VIVES ANTÓN, Tomás S., «Una sentencia discutible», en *El País* de 11 de marzo de 2006 (www.elpais.com).

Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de *extraneus* (*)

(Comentario a la STS 350/2005, de 17 de marzo de 2005
Ponente: Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta)

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Profesor TEU de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I.

1. Con motivo de que el vehículo marca «Audi T 100», de color verde, matrícula K--ER, fue denunciado por un agente de la Policía Local de Rubí por estacionar en zona prohibida en la calle San Cayetano, número 8, de dicha localidad, a las 12:05 horas del día 18 de marzo de 2002, el acusado Augusto, mayor de edad y sin antece-

(*) Abreviaturas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AAP: Auto de la Audiencia Provincial; AAPP: Audiencias Provinciales; AP: Actualidad Penal; Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; AT: Allgemeiner Teil; BT: Besonderer Teil; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; coord./coords.: Coordinador/coordinadores; CEP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal; dir.: Director, directora; ed.: Edición, editor; E. de M.: Exposición de Motivos; EPC: Estudios Penales y Criminológicos; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JuS: Juristische Schulung; Jura: Juristische Ausbildung; JW: Juristische Wochenschrift; JZ: Juristische Zeitung; L: Ley; LH-: Libro-Homenaje a; LK: Leipziger Kommentar; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; párr.: Párrafo; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc); reimpr.: Reimpresión; Rev. DP: revista de Derecho penal; Rev. P.: Revista Penal, La Ley; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial; SSTs: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: Traducción, traducido; STS: Tribunal Supremo; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

dentes penales, funcionario del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Barcelona y con destino en el cuartel de la calle Provenza de esta ciudad, que era el propietario de dicho automóvil, en fecha comprendida entre el 18 de marzo y el 29 de abril de 2002 se dirigió al también acusado José Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, cuando este último se encontraba en las dependencias de dicho cuartel de bomberos realizando el retén reglamentario que le correspondía como agente de la Guardia Urbana de Barcelona, número de carné profesional NUM000 adscrito a la Unidad Territorial de l'Eixample, que prestaba servicio de patrulla en bicicleta en el turno de mañana, aprovechando que lo conocía por haber coincidido con él en sus anteriores estancias en dicho lugar, como era habitual, y le solicitó que le entregara una copia de denuncia de estacionamiento antirreglamentario en la ciudad de Barcelona del vehículo propio antes dicho cumplimentada con similares datos temporales de día y hora que los de la denuncia de Rubí, para así poder alegar en el correspondiente expediente administrativo la imposibilidad física de comisión de la infracción de Rubí y poder solicitar con ello la anulación de aquella denuncia inicial, a lo que el agente José Carlos accedió.

Siguiendo entonces las indicaciones concretas de Augusto sobre los datos del vehículo infractor en Rubí, fecha y hora de la presunta infracción que debían hacerse constar, dicho policía rellenó el boletín de denuncia C número NUM001 de la Guardia Urbana del Ayuntamiento de Barcelona perteneciente al talonario de boletines reglamentarios que se entregan a tales agentes y que son de uso indistinto por cualquiera de ellos hasta el punto de que se los intercambian entre ellos, redactando dicho boletín en base al supuesto estacionamiento en la acera en la calle Provenza, de Barcelona, a las 11 horas del día 18 de marzo de 2002 del vehículo del acusado Augusto, reseñando el número de código y el artículo de la Ordenanza Municipal de Circulación presuntamente infringido, haciendo constar el número 22.100 como número de Agente de la Guardia Urbana supuestamente denunciante, así como estampando la supuesta firma de éste. El acusado José Carlos no dio curso administrativo a la denuncia así confeccionada.

En todo caso con el boletín de denuncia así redactado, el acusado Augusto, en fecha 29 de abril de 2002, presentó en el Ayuntamiento de Rubí, en relación al expediente sancionador incoado a raíz de la primitiva denuncia, un pliego de alegaciones al que acompañó una fotocopia de aquel boletín que le fue entregado por José Carlos en el que alegaba que el día y hora en que se formuló la denuncia de la Policía Local de Rubí «ni yo ni el vehículo estábamos en Rubí sino que estábamos en Barcelona en la calle Provenza realizando unas gestiones y

durante el mismo tiempo aproximadamente fuimos denunciados también en Barcelona –adjunto copia de la denuncia de Barcelona–, por tanto creo que debe haber un error en la denuncia de Rubí o debe haber dos vehículos con la misma matrícula», solicitando en atención a dichas alegaciones la anulación del expediente sancionador.

Los hechos fueron descubiertos como consecuencia del reconocimiento de los mismos en las dependencias de la Guardia Urbana de Barcelona por el acusado José Carlos.

2. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.^a), en Sentencia de fecha 20 de octubre de 2003, condenó a José Carlos como autor criminalmente responsable de un delito consumado de falsificación en documento oficial a cargo de funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1.2.º y 3.º CP), apreciándose la atenuante muy cualificada de confesión de hechos antes de conocer que el procedimiento judicial se iba a dirigir contra él (art. 21.4.^a CP). El Tribunal sentenciador impuso al condenado la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo o función pública en la Administración estatal, autonómica, provincial o local durante un año, multa de cinco meses, con cuota diaria de 3 euros, para una suma total de 450 euros, con la correspondiente de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, previa excusión de bienes, y la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le impuso, por último, el pago de la mitad de las costas. La Audiencia Provincial de Barcelona también condenó a Augusto como inductor de un delito consumado de falsificación en documento oficial a cargo de funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1.2.º y 3.º CP), con la atenuante prevista en el artículo 21.4.^a CP, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo o función pública en la Administración estatal, autonómica, provincial o local durante dos años, multa de seis meses con cuota diaria de 3 euros, para un total de 540 euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, previa excusión de bienes, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le impuso, igualmente, el pago de las costas por mitad.

3. Contra dicha resolución interpusieron los dos condenados, José Carlos y Augusto, sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 350/2005, de 17 de marzo (ponente Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta) declaró no haber lugar al recurso de

casación interpuesto por la representación de José Carlos. Asimismo, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso interpuesto por la representación de Augusto, dictándose, en consecuencia, otra sentencia por la que se rebajó en un grado la pena impuesta en primera instancia al inductor, por aplicación del artículo 65.3 CP.

II.

4. El presente trabajo tiene por objeto el análisis de una de las cuestiones que ocupó de forma predominante el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de uno de los acusados, Augusto, así como una parte importante de la fundamentación jurídica de la STS 350/2005, de 17 de marzo, que ahora se comenta. La cuestión no es otra que el tratamiento jurídico que deben recibir los supuestos en los que un *extraneus* participa en un delito especial (1).

5. Varias son las razones que convierten al supuesto de hecho que sirvió de base a la resolución que ahora nos ocupa en un caso de particular interés dogmático.

La primera reside en el hecho de que la intervención del sujeto no cualificado tiene lugar en un delito de falsedad documental cometido por una autoridad o funcionario público. Esto es, en un delito especial *impropio*. Cuando se produce la intervención de un *extraneus* en esta clase de delitos, resulta dudoso, en primer lugar, si el título de imputación por el que debe responder dicho sujeto es el delito especial cometido por el autor, esto es, la autoridad o funcionario público (art. 390 CP), o bien el delito común paralelo cometido por un particular (art. 392 CP). La cuestión no es en absoluto baladí, ya que el delito especial de funcionario tiene asignada una pena de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, mientras que la pena del delito común paralelo es de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Como se verá, que la problemática que acaba de ser planteada deba resolverse en uno u otro sentido dependerá, en esencia, de si el delito de falsedad en documento oficial cometido por autoridad o funcionario público (art. 390 CP) es un delito especial o bien, simplemente, un tipo agravado del delito de false-

(1) De este tema ya me ocupé ampliamente en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 395 ss.; ÍDEM, «La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, pp. 175 ss.

dad documental cometida por un particular (art. 392 CP) por razón de las particularidades del sujeto activo.

En segundo lugar, y en el supuesto de que se afirme que el *extraneus* debe responder como partícipe en el delito especial cometido por el funcionario, resulta obligado preguntarse si el sujeto no cualificado puede (o, incluso, debe) ser castigado con la misma pena que el sujeto cualificado, o bien con una pena atenuada, atendiendo a la no concurrencia en su persona de la cualidad que distingue al autor del delito.

Por lo demás, es preciso preguntarse si en un delito especial impropio en el que el tipo exige la concurrencia en el autor de la condición de autoridad o funcionario público puede ser considerado *extraneus*, y no *intraneus*, un sujeto en quien (como ocurre en el caso de referencia con el acusado Augusto) también concurre dicha condición.

III.

6. Con carácter previo a la resolución de las tres cuestiones que acaban de ser expuestas, íntimamente relacionadas con la problemática relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales, es conveniente formular algunas consideraciones en torno al delito de falsedad documental cometido por autoridad o funcionario público. La STS 350/2005, de 17 de marzo, parte del presupuesto de que la conducta realizada por José Carlos resulta subsumible en el tipo previsto en el artículo 390.1 CP, por ser constitutiva de un delito de falsedad en documento oficial. Los hechos, recuérdese, consisten, en esencia, en que el mencionado José Carlos, agente de la policía municipal, rellenó, falsamente, un boletín de denuncia por indebido aparcamiento de un vehículo en el municipio en el que desarrollaba su función profesional. Lo hizo a instancias del otro condenado, Augusto, bombero del mismo Ayuntamiento, con la finalidad de que este último pudiese quedar liberado de una multa de tráfico que le había sido impuesta por otro Ayuntamiento. José Carlos no dio curso administrativo a la denuncia confeccionada, en tanto que Augusto entregó como fundamento de su recurso a la multa una copia del boletín de denuncia realizado por José Carlos. Según los recurrentes, la denuncia confeccionada, que ambos reconocen como falsa, no se habría realizado finalmente en un *documento*. En el negado supuesto de que así debiera entenderse, dicho documento –siempre según los recurrentes– en modo alguno tendría la consideración de *oficial*.

7. El fundamento de Derecho primero de la resolución que ahora nos ocupa recuerda, en primer lugar, que el Código Penal considera

documento (art. 26 CP) a todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. La aplicación de esta doctrina general al caso de la STS 350/2005 conduce al Alto Tribunal a concluir que el boletín de denuncia falsamente confeccionado por el agente de la Guardia Urbana José Carlos cumple sobradamente con las exigencias legales del *concepto de documento*, apuntadas por el propio Tribunal. Según la sentencia, el boletín es, además, un documento público, ya que el autor «no se limita a rellenar un formulario sino que expide una documentación acreditativa de una infracción con la finalidad de que surta efectos ante un órgano administrativo, el Ayuntamiento de Rubí, evidenciando una incompatibilidad con la sanción impuesta por este Ayuntamiento, como fundamento de un recurso contra la sanción impuesta. Es decir, el documento falsificado creó una apariencia de realidad con funcionalidad probatoria en el recurso presentado» (2). La STS 350/2005 prosigue su argumentación haciendo referencia al hecho de que la destrucción del original de la denuncia y su no presentación al Ayuntamiento para el que trabajaba no supone, en modo alguno, que deba negarse la condición de documento a la multa. La resolución recuerda que, a pesar de la destrucción del documento menzador original, la confección del mismo ya desplegó su funcionalidad, como lo evidencia el hecho de que sirviera de base, en forma de fotocopia, a un recurso presentado por el inductor de la falsedad.

8. El hecho cometido por José Carlos es, en efecto, constitutivo de un delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil. Ninguna duda cabe sobre que el boletín de denuncia falso emitido por el acusado a instancia de Augusto reúne todos los elementos del *concepto de documento* a los efectos del delito de falsedad documental. Tampoco sobre que dicho documento es un documento *oficial*.

9. Según la jurisprudencia tradicional, en los delitos de falsedad documental se protege la *confianza y seguridad del ciudadano en el tráfico jurídico* (3). De este criterio se derivan dos consecuencias. La primera es que son atípicas, por ausencia de antijuridicidad material, las falsedades burdas e inocuas por carecer de potencialidad para perturbar el tráfico jurídico (4). La segunda consecuencia consiste en que

(2) Fundamento de Derecho primero STS 350/2005.

(3) En este sentido, por ejemplo, STS 1783/2001, de 3 de octubre.

(4) STS 233/2000, de 11 de febrero; SSAP Sevilla (Sección 7.ª) 13 de marzo de 2001; Cuenca, 15 de marzo de 2000.

para que la conducta sea típica es necesario que el documento falsificado tenga vocación de introducirse en el tráfico. Estos dos aspectos son destacados con acierto por la sentencia que ahora se comenta.

10. La doctrina y jurisprudencia más modernas (la STS 350/2005 no es una excepción a este respecto) entienden que la protección que el Derecho penal español hace de la confianza y seguridad del ciudadano en el tráfico jurídico se concreta en la protección de las *funciones atribuidas a los documentos*. Esto es, la funciones de *perpetuación, garantía y prueba* (5). De acuerdo con esta postura, no es objeto de protección, en cambio, la fe pública, entendida como *status* psicológico de la colectividad, que atribuye veracidad y autenticidad a determinados valores, documentos, símbolos y cualidades relevantes para la vida social. No existe un derecho general de los particulares a no ser engañados documentalmente, ya que tampoco existe un deber general de decir la verdad o reflejarla documentalmente. El deber jurídico de veracidad documental sólo obliga a determinados sujetos. No se tutela, por tanto, el derecho a que la información contenida en un documento se corresponda con la realidad, sino el derecho a que todo ciudadano disponga de la misma información (principio de igualdad) necesaria para la toma de decisiones (6).

11. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el *objeto material* sobre el que recaen las conductas típicas es el *documento*. Se trata de una declaración corporeizada de una persona destinada a probar una relación jurídica, esto es, el nacimiento, modificación o extinción de una obligación, y apropiada para ello, que permite conocer al que la emite. Para poder ser objeto material de un delito de falsedad documental, todo documento debe cumplir las funciones de perpetuación, garantía y prueba, mencionadas *supra* (7). La *función de perpetuación* se refiere a la capacidad del documento para materializar una declaración en un soporte, con vocación de perpetuarse en el tiempo. El soporte no debe ser necesariamente escrito, puede consistir en cualquiera que

(5) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 6; GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, 1997, p. 18 y, en especial, pp. 41 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 93 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 288; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, PE*, 16.^a ed., 2007, p. 718.

(6) *Vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 288.

(7) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 12 ss.

sirva para perpetuar información, por ejemplo, un soporte informático. La jurisprudencia admite como documentos las cintas magnetofónicas, grabaciones de vídeo y datos contenidos en disquetes y discos duros de ordenador (8). La *función de garantía* alude a la capacidad del documento para identificar a su autor. Al autor de un documento normalmente se le reconoce mediante la firma, rúbrica o huella digital, aunque basta cualquier otro elemento que permita identificarlo. No es documento el anónimo, salvo que forme parte de otro documento que sí sea atribuible a su autor (documento complejo). El documento debe contener datos (manifestaciones, declaraciones) procedentes de una persona. Por último, la *función probatoria* guarda relación con la capacidad del documento para ser instrumento de prueba de su contenido. El documento debe ser prueba de la declaración que se ha realizado (documentación de una declaración), no de la veracidad de su contenido, salvo cuando la ley así lo determine. En lo relativo a la eficacia probatoria, el Tribunal Supremo requiere, además, que el documento esté destinado, por su autor o por un tercero, a la entrada en el tráfico jurídico, y que tenga cierta trascendencia en orden a la acreditación de su contenido o a la constitución de efectos jurídicos. Quedarán excluidas del ámbito del Derecho penal, de este modo, las alteraciones de verdades que no sean significativas (9).

12. A este respecto, debe recordarse –cosa que obvia, por cierto, la STS 350/2005– que aunque, ciertamente, el artículo 26 CP incorpora un *concepto legal de documento*, la noción de documento que recoge este precepto es *más amplia* que el concepto de documento como objeto material de los delitos de falsedad documental. El artículo 26 CP se refiere a las funciones de perpetuación («todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones») y probatoria («con eficacia probatoria»), pero nada dice sobre la función de garantía. Por ejemplo, tendrá la consideración de documento a los efectos del artículo 26 CP una muestra de vertidos, como prueba de un delito ecológico, o una pistola, como posible medio de prueba de un homicidio; pero dichos «documentos» en sentido amplio no podrán constituir objeto material de un delito de falsedad documental, al no incorporar la manifestación de voluntad de una persona. La noción de documento que aparece en el artículo 26 CP es, por ello, aplicable a todos los de-

(8) STS 1844/2000, de 2 de diciembre.

(9) SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, pp. 290 y, en especial, p. 300.

litos de la Parte Especial que hacen referencia a documentos. Por ejemplo, a la infidelidad en la custodia (arts. 413-416 CP), la sustracción (arts. 250.1.4.º y 278.1 CP), la destrucción de documentos (arts. 264.2, 465 y 603 CP), etc. (10).

13. En el caso que dio lugar, por vía de casación, a la STS 350/2005, no cabe duda de que en el boletín de denuncia falsificado por el agente de la Guardia Urbana José Carlos concurren todas las características que doctrina y jurisprudencia exigen para que pueda hablarse de un documento. Existe, en primer lugar, una declaración, por la que se aseguraba que el vehículo del otro condenado, Augusto, se encontraba incorrectamente estacionado en la calle Provenza de Barcelona, a las 11 horas del día 18 de marzo de 2002. Dicha declaración se encontraba incorporada a un soporte, concretamente un boletín de denuncia (*función de perpetuación*), y fue realizada por una persona: el Agente de la Guardia Urbana número 22.100, que se corresponde con el número profesional de José Carlos, quien estampó, además, su firma en el boletín (*función de garantía*). Por último, la manifestación que aparece en el boletín fue realizada con el único objeto de producir un determinado efecto en el tráfico jurídico: la anulación de la multa con la que Augusto había sido sancionado por la Policía Local de Rubí. El modo por el que se pretendía alcanzar este objetivo no era otro que la incorporación al expediente sancionador de una fotocopia de la denuncia mendaz, alegándose que Augusto no pudo cometer una infracción de tráfico en Rubí el día 18 de marzo de 2002 a las 12:05 horas, por encontrarse en ese mismo momento en la ciudad de Barcelona (*función probatoria*).

14. Como afirma correctamente la STS 350/2005, el documento de autos es, además, un documento *oficial*. Los documentos oficiales son una subespecie de los *documentos públicos* (art. 317 LEC) (11),

(10) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 21 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, p. 165; SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 294. Ponen de relieve la falta de coordinación entre el concepto de documento recogido en el art. 26 CP y los artículos 390 ss. CP, GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Falsedades documentales*, 1997, p. 47 y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español, PE*, 4.ª ed., 2002, pp. 426 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, PE*, 16.ª ed., 2007, p. 720.

(11) Según el artículo 317 LEC, relativo a las clases de documentos públicos, «a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: (...) 5. Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones».

esto es, aquellos autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1217 CC) (12). Según la jurisprudencia mayoritaria, los documentos oficiales son documentos expedidos por las Administraciones Públicas u organismos asimilados destinados al cumplimiento de sus fines institucionales. La jurisprudencia califica como documentos oficiales, por ejemplo, el documento nacional de identidad (13), el visado emitido por un Colegio profesional, las recetas de la Seguridad Social (14), las notas de exámenes, el impreso de solicitud en un programa de metadona, el carnet de conducir, los partes de alta o de baja de la Seguridad Social, los boletines de denuncia cumplimentados por los Agentes de la Guardia Urbana, etc.

15. A pesar de que la argumentación del fundamento de Derecho primero de la STS 350/2005 parece insinuar lo contrario («el documento falso se creó, como se declara probado, con la intención de que desarrollara los efectos propios de la intención con que fue creado»), no resulta de aplicación al caso la muy extendida doctrina jurisprudencial de los denominados *documentos públicos u oficiales por destino o incorporación*. Según dicha doctrina, tales documentos consistirían en documentos en origen privados que se incorporan a un expediente administrativo. Y resulta evidente que el boletín falsificado es, ya desde su origen, un documento oficial.

De todos modos, y a mayor abundamiento, cabe recordar que hasta principios de los años 90, la jurisprudencia vino entendiendo que los documentos privados se transformaban en oficiales o públicos una vez incorporados a un procedimiento administrativo o judicial. Desde entonces, la jurisprudencia mayoritaria considera que sólo son oficiales por destino o incorporación los documentos *recepticios*, esto es, los documentos privados que tienen como único fin su incorporación a un expediente administrativo (15). No obstante, resulta ampliamente compartible el punto de vista de conformidad con el cual tanto la doctrina de los *documentos públicos u oficiales por destino o incorporación* como la doctrina de los *documentos recepticios* constituyen ejemplos evidentes de analogía *in malam partem*, prohibida en

(12) Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros (art. 1218 CC).

(13) STS 2015/2001, 29 de octubre.

(14) STS 20 de marzo de 2001.

(15) SSTs 677/2001, 19 de abril; 522/1996, 19 de septiembre.

Derecho penal, por representar una vulneración del principio de legalidad (16).

16. La última observación que cabe realizar sobre la materia que ahora nos ocupa se refiere a si la conducta enjuiciada resulta realmente subsumible en los números 2 y 3 del artículo 390.1 CP, tal y como consideró la Audiencia Provincial de Barcelona y confirmó el Tribunal Supremo en la Sentencia que ahora se comenta. Según el artículo 390.1.2.º CP, «será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: (...) simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad». Ciertamente, en el caso que nos ocupa tiene lugar una simulación de documento, ya que se elabora *ex novo* un documento. No obstante, el artículo 390.1.2.º CP no se conforma con ello, sino que requiere que dicho documento sea inauténtico. Esto es, que se trate de un documento en el que se presente como autor a una persona distinta a su verdadero autor, resultando afectada, por ello, la función de garantía atribuida a aquél.

17. Esto último no sucede en el caso de la STS 350/2005. Como ya se ha mencionado *supra*, las manifestaciones obrantes en el boletín de denuncia fueron plasmadas en el mismo por José Carlos, y él mismo rubricó dicha circunstancia haciendo constar en el documento mendaz tanto su número de identificación profesional como su propia firma. El boletín de denuncia falso de autos no es, por tanto, un documento en el que su autor haya atribuido la autoría de la información que obra en el mismo a otra persona. Se trata, al contrario, de un documento que contiene declaraciones que, aunque no se corresponden con la realidad, pertenecen, en efecto, al sujeto que la emite.

18. Dejando al margen las evidentes diferencias que existen entre ambas constelaciones de casos, ocurre en el supuesto de autos algo

(16) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 55 s.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 4.ª ed., 2002, pp. 434 s.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÈS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, PE, 2006, p. 294. En idéntico sentido crítico, muy extensamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 239 ss. En la jurisprudencia, esta postura puede encontrarse, por ejemplo, en el voto particular a la STS 522/96, 19 septiembre (a cargo del propio Bacigalupo Zapater), así como las SSAP Barcelona 7.ª 8 de mayo de 2002 y 2.ª 663/2007, 26 de julio.

parecido a lo que sucede con los denominados supuestos de «negocio jurídico simulado». En estos casos, la declaración que contiene el documento pertenece al sujeto que la emite, pero dicha declaración refleja un negocio jurídico que no se corresponde con la realidad. Por ejemplo, unas facturas que reflejan un contrato de arrendamiento de servicios cuando el negocio jurídico realmente existente consiste en una donación. Según la jurisprudencia mayoritaria, los casos de negocio jurídico simulado son constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 390.1.2.º CP (17).

19. Este punto de vista no resulta compartible. Como ya ha puesto de relieve un importante sector doctrinal, la subsunción de los casos de simulación de negocio jurídico en el artículo 390.1.2.º CP es contraria al principio de legalidad. En los supuestos de referencia, lo único que es inauténtico (y lo es en un sentido amplio o impropio del término) es el negocio jurídico, no el documento. Y según el artículo 390.1.2.º CP, lo que debe ser inauténtico no es el negocio jurídico mismo, sino el documento por medio del cual se articula dicho negocio. Además, la aplicación del artículo 390.1.2.º CP a los casos de negocio jurídico simulado transforma en material una falsedad que, en realidad, es ideológica. Como ya se ha mencionado, el documento mediante el que se articula el negocio jurídico simulado no es inauténtico, sino mendaz. Esto es, no se corresponde con la realidad. Y, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, solo el fedatario público, no el particular, puede ser autor de una falsedad ideológica, ya que ésta presupone la infracción de un deber jurídico especial de veracidad que solo recae sobre el primero (18, 19).

(17) Son un claro exponente de esta línea jurisprudencial las SSTS 1590/03, de 22 de abril 2004 (*caso Intelhorce*); 1282/00, de 25 septiembre, 1/97, de 28 de octubre (*caso Filesa*); SSAP Madrid 15.ª 14 de julio de 2001; y Burgos 1.ª 22 de marzo 2000. La interpretación del artículo 390.1.2 CP que está en la base de estas resoluciones fue avalada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 123/2001 y 126/2001. En estas Sentencias, el Tribunal Constitucional declaró aquella interpretación conforme a la Constitución, al entender que el término «autenticidad» no solo significa «capacidad de ser atribuido a su autor», ya que, en un sentido más amplio, y de acuerdo con el lenguaje ordinario, también significa «veracidad», «conformidad con la realidad», etc.

(18) Esta postura es defendida, entre otros, por BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 40 s. y 56; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 4.ª ed., 2002, p. 423. En idéntico sentido crítico VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 471 s. En la jurisprudencia, se encuentra recogida en las SSTS 1065/00, 17 junio; 932/00, 29 mayo; 674/00, 14 de abril; 224/98, 26 de febrero (*caso Argentina Trust*); SSAP Barcelona 2.ª 20 de marzo de 2000, Zamora, 10 de julio de 2001 y Barcelona 5.ª, 12 de julio de 2001).

(19) No existe acuerdo doctrinal sobre si hay algún caso de falsedad ideológica de particular punible. Descartada la posibilidad de que un particular pueda ser casti-

20. Teniendo en cuenta todo lo anterior, lo más correcto habría sido calificar la conducta de José Carlos, el agente de la Guardia Urbana que realizó el boletín de denuncia falso, no como un delito de falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público del artículo 390.1.2.º CP, sino como uno de la modalidad prevista en el artículo 390.1.3.º o 4.º CP. En el primero se castigan la falsificación documental consistente en suponer «en un acto la intervención de personas que no la han tenido», o la atribución a las que han intervenido en él de «declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho». En el artículo 390.1.4.º CP se castiga a quien falta «a la verdad en la narración de los hechos».

21. En relación con el artículo 390.1.3.º, inciso 1.º, «suponer» significa fingir que una persona que en realidad no ha intervenido en un acto sí lo habría hecho. El término «intervención» no se refiere a cualquier presencia, sino a participación en el acto, esto es, a una presencia significativa. Es atípica la omisión de hacer constar que una persona ha intervenido en un acto, cuando en realidad sí lo ha hecho. También lo es la suposición de que ha intervenido en el acto una persona imaginaria o ya fallecida, así como atribuir a alguien que sí ha intervenido en el acto una representación o cualidad de la que carece. Por lo que hace a la modalidad relativa a «faltar a la verdad en la narración de los hechos» (art. 390.1.4.º CP), se trata de un delito especial propio consistente en la infracción de un deber jurídico especial de

gado como autor por la comisión del delito previsto en el artículo 390.1.4.º CP (art. 392 CP: «el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390...»), la doctrina se encuentra dividida sobre si resulta o no de aplicación el artículo 390.1.3.º CP en relación con el artículo 392 CP. Para un primer grupo de autores, nada se opone a que determinados particulares con deberes de veracidad equiparables a los de ciertos fedatarios públicos (por ejemplo, el secretario de un Consejo de Administración de una compañía mercantil, o el representante de una persona jurídica que tiene la obligación legal de certificar los acuerdos adoptados en una junta de accionistas o en una asamblea) puedan ser autores del delito previsto en el artículo 390.1.3.º CP (en relación con el artículo 392 CP). Representa a este primer sector de la doctrina, en especial, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÈS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 299. Para otro grupo de autores, en cambio, únicamente puede ser sujeto activo de una falsedad ideológica (como las previstas en el artículo 390.1.3.º CP) un fedatario público. La razón estribaría en que el documento emitido por el particular es privado, y esta clase de documentos nunca acreditan la correspondencia de su contenido con la realidad (art. 1225 CC). Además, cuando el CP ha querido sancionar las falsedades ideológicas cometidas por particular lo habría hecho expresamente en tipos específicos (arts. 290, 310 CP, etc.). Defiende esta segunda postura, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 47 ss.

veracidad. La expresión «faltar a la verdad» alude a una falta de congruencia entre los hechos narrados y los que el correspondiente documento debería narrar. Se puede «faltar a la verdad» tanto por acción como por omisión. El término «*hechos*» no se refiere exclusivamente a conductas o actos de una persona, sino a datos de la realidad.

22. En el caso que suscita la atención de este comentario, no cabe duda de que José Carlos supuso, esto es, fingió «en un acto la intervención de personas que no la han tenido» (art. 390.1.3.º CP). Concretamente, simuló la presencia de Augusto, y la suya propia en un acto administrativo sancionador (la multa) que, en realidad, no tuvo lugar, faltando, con ello, «a la verdad en la narración de los hechos» (art. 390.1.4.º CP).

IV.

23. Una vez aclarada la cuestión relativa a cuál es el título de imputación por el que debería haber respondido el autor de los hechos, José Carlos, corresponde preguntarse de qué modo debe responder Augusto, la otra persona que interviene en aquéllos, concretamente como inductor. Lo primero que debe dilucidarse es si Augusto, a pesar de ostentar (como José Carlos) la cualidad de funcionario, es, con respecto al delito de falsedad en documento oficial del que es autor el segundo (art. 390.1.3.º o 4.º CP), un *intraneus* o un *extraneus*. Sobre este particular, la STS 350/2005 estimó el segundo motivo del recurrente Augusto, al entender, en contra de lo apreciado por la Audiencia Provincial de Barcelona, que «este condenado es, pese a su condición de funcionario público, un “extraneus” al hecho, pues el obligado al deber de veracidad es el agente de la Guardia Urbana y no Augusto quien induce al agente a infringir el deber de veracidad propio» (fundamento de Derecho primero).

24. El punto de vista defendido por la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora nos ocupa es, en lo relativo al extremo planteado, plenamente compatible. El delito de falsedad documental previsto en el artículo 390.1 CP es, en todas sus modalidades, un delito especial consistente en la infracción de deberes de veracidad, del que sólo puede ser autor la «autoridad o funcionario público». No basta, sin embargo, con ostentar formalmente dicho *status* en abstracto (art. 24 CP). El artículo 390.1 CP requiere, además, que el sujeto se encuentre «en el ejercicio de sus funciones». Según la doctrina dominante, este requisi-

to significa que es necesario que la conducta falsaria se lleve a cabo en el marco de las competencias propias del cargo que ocupa la correspondiente autoridad o funcionario público. Es decir, que la falsedad sea cometida al desempeñar el sujeto de referencia una función cuyas normas reguladoras le impongan la prohibición de realizar la conducta correspondiente a aquella modalidad delictiva. Como acertadamente afirma Villacampa Estiarte, «el único que puede lesionar el bien jurídico protegido en el tipo es aquél que, teniendo entre los cometidos de su cargo redactar determinados tipos de documento, efectúa una de las conductas descritas en el artículo 390 CP afectando a alguna de las funciones únicamente de aquellos documentos que pueda confeccionar» (20). Cuando la autoridad o funcionario público cometa la falsedad documental, pero no lo haga «en el ejercicio de sus funciones», no se aplicará el artículo 390.1.1, sino el artículo 392 CP.

25. A este respecto, debe recordarse que en el caso que nos ocupa, a diferencia de lo que ocurre con José Carlos, Augusto no era agente de la Guardia Urbana, sino funcionario del Cuerpo de Bomberos. Y parece evidente que, también a diferencia de lo que sucede con José Carlos, entre las funciones propias de un funcionario público de tales características no se cuenta la de elaborar boletines de multa por infracciones relativas al tráfico rodado. Por esta razón, de las dos personas que intervienen en los hechos, Augusto y José Carlos, la única que lo hizo «en el ejercicio de sus funciones» fue el segundo.

26. Cabe preguntarse, no obstante, si al inductor funcionario del caso que constituye el objeto del presente comentario podría serle aplicada la circunstancia agravante de *prevalimiento del carácter público que tenga el culpable* (art. 22.7.ª CP) (21). Según doctrina y jurisprudencia, la aplicación de esta circunstancia requiere la concurrencia de tres presupuestos: *a)* la condición de funcionario o encargado de un servicio público; *b)* el abuso por parte del sujeto de los poderes inherentes a dicha cualidad; y, por último, *c)* la finalidad de abusar del cargo para facilitar la ejecución del delito (22). En palabras de

(20) VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 645 s.

(21) Plantean esta posibilidad FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996, pp. 114 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 16.ª ed., 2007, pp. 725 y 729.

(22) *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., 2004, 26/19. En la jurisprudencia se pronuncian en idéntico sentido, entre otras muchas, las SSTS 12 de mayo de 1992, 18 de mayo de 1993, 6 de octubre de 1995, 24 de noviembre de 1995, 2 de diciembre de 1997, 14 de febrero de 1998 y 19 de octubre de 2001.

Vázquez-Portomeñe Seijas a este respecto: «Con apoyo en las tesis mayoritarias tenemos, en suma, que el artículo 22.7.^a CP agrava aquellos delitos realizados mediante un aprovechamiento de la cualidad de funcionario pero no dentro de la función, refiriéndose, al propio tiempo, a una forma de delinquir no fungible –ni en términos valorativos, ni en sus contenidos– con la que puede imputarse a los particulares. La agravante no existe (...) si el agente se limita a atribuirse influencias por razón de su cargo, obrando como pudo hacerlo cualquiera» (23).

27. De estos tres elementos, en el caso de la STS 350/2005 brilla por su ausencia el elemento relativo al abuso por parte del sujeto de los poderes inherentes a dicha cualidad. Según el relato de hechos probados Augusto se limitó a aprovechar que José Carlos (a quien conocía por haber coincidido en anteriores ocasiones con él en el cuartel) se hallaba en las dependencias del cuartel de bomberos en el que se encontraba destinado el propio Augusto para contactar con él y solicitarle la falsificación del boletín de denuncia. Resulta muy dudoso que el simple aprovechamiento por parte de un funcionario de la circunstancia de coincidir con otro en un mismo espacio físico para inducirle a cometer un delito baste para concluir que el primero se habría *prevalido* de su condición de funcionario, en el sentido del artículo 22.7.^a CP. Ya que la condición de funcionario del cuerpo de bomberos de Augusto no fue decisiva para el establecimiento de un contacto que bien podría haberse producido, exactamente con los mismos efectos, en cualquier otro lugar y de cualquier otro modo (24).

V.

28. En el caso que nos ocupa, José Carlos debería haber sido castigado, por tanto, como autor material de un delito de falsedad en documento oficial (art. 390.1.3.º o 4.º CP). Y Augusto fue condenado,

(23) VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7.^a del Código Penal)*, 2001, p. 31.

(24) En idéntico sentido, en relación con el delito de falsedad documental, se pronuncia FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad...*, 1996, p. 116, que considera que no cabe aplicar la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.7.^a CP a la autoridad o funcionario público que interviene en una falsedad documental cuando no es posible afirmar «ningún tipo de relación entre su condición de funcionario público o similar y la conducta falsaria por él realizada al no concurrir siquiera la circunstancia de que el cargo que desempeña pueda facilitarle las posibles dificultades con las que pueda encontrarse en la ejecución del delito».

correctamente, como inductor de un delito de falsedad documental, sin la concurrencia en su persona de la condición de *extraneus* del delito especial cometido como autor por José Carlos, ni de la circunstancia de prevalimiento del carácter público de la posición social que ocupa (art. 22.7.^a CP). Conviene conocer ahora si Augusto, el inductor *extraneus*, debe responder como partícipe en el delito especial cometido por José Carlos (art. 390.1 CP), o como partícipe en el correspondiente delito común de falsedad en documento oficial cometido por particular (art. 392 CP). La STS 350/2005, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de la que trae causa se muestra partidaria de la primera de estas dos soluciones. ¿Es esta decisión correcta?

29. En España, la discusión sobre la problemática relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales vino centrando en buena medida la atención de la teoría de los delitos especiales al menos hasta la llegada del Código Penal de 1995. Con la llegada del Código Penal de 1995, la cuestión perdió buena parte de su anterior vigencia. La razón principal debe verse en que, en el actual Código Penal, los delitos especiales impropios prácticamente habrían desaparecido. No en vano, dos de los escasos ejemplos de delito especial impropio que nos brinda en la actualidad el derecho positivo español vendrían representados por los delitos de malversación en caudales públicos (arts. 432 ss CP) y, precisamente, por el delito que nos ocupa: el de falsedad en documentos público, oficial o mercantil cometida por funcionario (art. 390.1 CP). No obstante, aquella discusión podría haber recobrado carta de naturaleza a propósito de algunos preceptos en los que la cualidad de autoridad o funcionario público habría venido a agravar la pena de ciertos delitos comunes (arts. 167, 198 y 204 CP) (25).

30. Con anterioridad al Código Penal de 1995, la doctrina y la jurisprudencia dominantes en España defendían para los delitos especiales impropios la llamada *solución individualizadora*. Según ésta, el *extraneus* partícipe debería responder por el delito común paralelo, no por el especial. Así las cosas, puesto que normalmente el delito común tendría menos pena que el especial, una de las consecuencias de la solución individualizadora sería que el *extraneus* respondería con una pena atenuada con respecto a la del *intraneus*. Según esta postura, dicha atenuación no parecía posible en los delitos especiales «propios»,

(25) Sobre la distinción entre delitos especiales impropios y delitos comunes agravados por razón del sujeto activo, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 214 ss.

ya que el *extraneus* no podía responder por otro delito que el especial, y no existía en el Código precepto alguno que permitiese una atenuación de su pena. La mayor parte de los autores y las resoluciones judiciales que defendieron la solución individualizadora antes de 1995 lo hizo apoyándose en el artículo 60 CP 1944/1973 (26).

Un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario defendió la solución opuesta. Era la llamada *solución unitaria*. Según esta postura, *intranei* y *extranei* deberían responder por el mismo título de imputación, el correspondiente al delito especial. Los actuales partidarios de esta solución defendieron su validez sobre la base de tres argumentos: la inaplicabilidad del artículo 60 CP 1944 en los casos de delitos especiales impropios (27); la vulneración de los principios de unidad del

(26) Según este precepto, «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». Defendieron esta postura, entre otros, PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra el patrimonio*, 1995, pp. 246 ss. en la doctrina; y las SSTs 3 de julio de 1947, 7 de octubre de 1953, 15 de diciembre de 1953, 21 de enero de 1954, 5 de febrero de 1955, 30 de abril de 1990, 12 de febrero de 1992 y 26 de junio de 1992, en la jurisprudencia. Ya antes de 1944, la jurisprudencia dominante había venido defendiendo la aplicabilidad de los antecedentes del artículo 60 CP (art. 69 CP 1848, art. 80 CP 1870, art. 150 CP 1928 y art. 65 CP 1932) a los casos de participación de *extranei* en delitos especiales impropios. Son ejemplo de ello las SSTs 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 26 de febrero de 1888, 27 de enero de 1902, 5 de octubre de 1912, referidas todas ellas al artículo 80 CP 1870. Sobre esta circunstancia, así como sobre la historia del artículo 60 CP 1944 en general, *vid.*, entre otros autores, BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, pp. 219 ss.

(27) Frente a la crítica según la cual el artículo 60 CP 1944/1973 no resultaba extensible a los elementos de autoría de los delitos especiales, sino solo a las «*circunstancias*» genéricas modificativas de la responsabilidad criminal de los artículos 9, 10 y 11 CP 1944/1973, los defensores de la solución individualizadora entendieron que el artículo 60 CP 1973 también resultaba aplicable, si no de modo directo, sí, al menos, analógicamente a los elementos de autoría de los delitos especiales. La razón que lo explicaba debía verse, a juicio de este sector doctrinal, en la identidad de fundamento existente entre las circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal y los elementos accidentales del tipo. Propusieron la aplicación analógica *in bonam partem* del artículo 60 CP 1973 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; *Derecho penal español*, PE, 10.^a ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO Gómez), 1987, pp. 56 s. y 61 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, PE, 14.^a ed., 1995, pp. 56 s. y 61 s.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, 2.^a ed., 1986 (anotada y puesta al día por HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J. y BENÉYTEZ MERINO, L.), p. 466.;

título de imputación y accesoriedad de la participación a que conducía la solución individualizadora; y, por último, la consideración de los delitos especiales impropios como delitos «distintos» o *sui generis* con respecto a los delitos comunes paralelos (28).

La mayor parte de los partidarios de la solución unitaria consideró que *intranei* y *extranei* debían responder con idéntica pena no solo en los delitos especiales *propios*, sino también en los *impropios*. No obstante, uno de los principales representantes de solución unitaria, Gimbernat Ordeig, se encargó de poner de manifiesto que, a pesar de la corrección dogmática de la solución unitaria, en algunos delitos especiales la pena del *extraneus* debía y podía ser atenuada. Se trata de la llamada solución del «término medio ideal». Según esta postura, cabría atenuar la pena del *extraneus* mediante la aplicación de una circunstancia atenuante analógica (art. 9.10.ª CP 1973), dado el menor merecimiento de pena del *extraneus* por la no concurrencia en su persona de la cualidad de *intraneus* (29).

La solución de la circunstancia analógica de «no *extraneus*» de Gimbernat no fue, con todo, la única propuesta *de lege lata* que la doctrina formuló antes de 1995 para conseguir la atenuación de la

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español, Parte Especial*, 1986, pp. 38 y 43.; ESCRIVÁ GREGORI, J. M., «La participación del “extraneus” en el parricidio y del “intraneus” en el homicidio», en *LH-Pérez de Vitoria*, I, 1983, pp. 226 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 354; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio», AP 1995, pp. 95 ss.

(28) Defendieron esta solución bajo la vigencia del CP 1973 QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, 2.ª ed. (puesta al día por E. Gimbernat Ordeig), 1972, pp. 174 s.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 272 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, 1974, *passim*.; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Lecciones de Derecho penal*, II, *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, 1999, p. 300; MIR PUIG, S., *Adiciones de Derecho español al § 61 del Tratado de Derecho penal*, PG, de H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte General* (traducido y anotado por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), II, 1982, p. 917; *idem*, *Derecho penal*, PG, 3.ª ed., 1990, pp. 427 ss.; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 1993, p. 397; 5.ª ed., 2002, p. 466; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en *ÍDEM* (dir.), *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, 1997, p. 924, entre otros. En la jurisprudencia penal española se pronunciaron a favor de la solución unitaria que acaba de ser expuesta, entre otras sentencias, las SSTS 15 de octubre de 1969, 12 de diciembre de 1975, 19 de febrero de 1979, 22 de junio de 1982, 4 de julio de 1986, 27 de junio de 1989, 10 de febrero de 1992, 18 de enero de 1993 y 24 de junio de 1994.

(29) Apoyaron la tesis de GIMBERNAT, entre otras resoluciones, las SSTS 22 de junio de 1982, 27 de junio de 1989, 12 de febrero de 1992, 21 de marzo de 1992, 18 de enero de 1993, 14 de enero de 1994, 2 de febrero de 1994, 24 de junio de 1994 y 20 de mayo de 1996.

pena del *extraneus* participe en un delito especial. Una solución alternativa (y, en lo que alcanzo a ver, inédita hasta el momento y en lo sucesivo) fue la propuesta por Pérez Alonso. Según este autor, el participe *extraneus* debía ser castigado con la pena correspondiente a la participación en un delito intentado (30).

31. *Con la llegada del CP 1995, la solución individualizadora* continuó siendo defendida, aunque ya de forma minoritaria, por algunos autores (31). La defensa de esta solución siguió apoyándose en el derecho positivo, concretamente en el precepto que se erigió sucesor del artículo 60 CP 1944/1973: el artículo 65 CP 1995 (32). Esta posición volvió a contar con la oposición de una amplia corriente de opinión, representada, de nuevo, por los partidarios de la *solución unitaria*. Esta segunda postura, ahora mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, continuó encontrando respaldo para sus tesis en tres argumentos: la inaplicabilidad del artículo 65 CP 1995 *ex* LO 10/1995 en los casos de delitos especiales impropios; la vulneración de los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación que de lo contrario se produciría; y, la consideración de los delitos especiales impropios como delitos «distintos» o *sui generis* con respecto a los delitos comunes paralelos (33).

(30) PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, 1985, pp. 240 s.

(31) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, PG, 5.^a ed., 1998, p. 384; CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho penal*, PG, 2.^a ed., 2001, pp. 406 s.

(32) Antes de la modificación operada por la LO 15/2003, el tenor literal de este precepto, sucesor prácticamente literal del artículo 60 CP 1973, rezaba del modo siguiente: «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurran. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

(33) MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 15/45; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 6.^a ed., 2004, pp. 449 s.; 7.^a ed., 2007, 445 s.; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, PG, 3.^a ed., 2002, p. 642; ÍDEM, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS (coord.), F., *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.^a ed., 2004, p. 424; MOLINA BLÁZQUEZ, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, III, 2000, p. 756; RUEDA MARTÍN, M. A., «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», REDPC, 2.^a época (8), 2001, pp. 159 ss. En la jurisprudencia comparten este punto de vista, además de la ya mencionada STS 10 de enero de 1997, las SSTS 30 de octubre de 1998, 18 de noviembre de 1998, 21 de diciembre de 1999, 9 de julio de

32. En relación con esta cuestión, ya anteriormente me he mostrado firmemente partidario de la *solución unitaria* (34). Esto es, de hacer responder al *extraneus* por el delito especial, no por el delito común paralelo. El primer argumento que sirve de base a esta conclusión debe verse en la inaplicabilidad de los artículos 60 CP 1973 y 65 CP 1995 *ex LO 10/1995* a los delitos especiales impropios, por referirse tales preceptos, exclusivamente, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y no a elementos como los de autoría de los delitos especiales. Las restantes razones que abonan el punto de vista que aquí se defiende guardan relación con los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación, este último en su versión limitada. Por último, la corrección de la *solución unitaria* se

2001 y 1 de febrero de 2002; y las SSAP Sevilla, 26 de abril de 1999; Zaragoza, 13 de octubre de 1999; Madrid, 14 de octubre de 1999; Madrid, 26 de febrero de 2001 y Barcelona, 27 de septiembre de 2002. Entre la *solución individualizadora* y la *unitaria*, alguna resolución judicial ha optado por una *solución intermedia o mixta*. De conformidad con esta *solución*, el *extraneus* que participa en un delito especial impropio debería responder por el delito especial, aunque con la pena del delito común paralelo. En lo que alcanzo a ver, esta *solución* de compromiso entre la *unitaria* y la *individualizadora*, sin duda sorprendente, es acogida únicamente por la STS 7 de marzo de 2003. Esta resolución se ocupó de un supuesto en el que un particular participó en un delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por autoridad o funcionario público (art. 390.1.2.^a CP) y en otro continuado de malversación de caudales públicos (art. 432.1.2.^o CP en relación con artículo 74.1.^o CP). La resolución citada declaró que el *extraneus* debía responder «(...) como cooperador necesario en un delito continuado de falsedad previsto y penado en los artículos 392 en relación con el artículo 390.1.2.^o y 74.1.^o del Código Penal en concurso medial (art. 77.1.^o del Código Penal) como cooperador necesario con un delito continuado de malversación de caudales públicos previsto y penado en los artículos 432.1.^o y 74.1.^o del Código Penal, en el que participa en calidad de cooperador necesario, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (...)». Esto es, determinó el título de imputación de responsabilidad penal del *extraneus* de conformidad con los postulados de la teoría unitaria. Sin embargo, la STS 7 de marzo de 2003 acaba condenando al *extraneus*, a pesar de ser cooperador necesario, «a las penas de cuatro años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses», siendo el *intraneus* castigado, en cambio, con la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y seis meses. Es decir: castiga al *extraneus con la pena* de los delitos comunes continuados de falsedad de particular en documento público, oficial o mercantil (art. 392 CP) y apropiación indebida (art. 248 en relación con artículo 250 CP) en concurso medial. En el ámbito del delito de falsedad documental de funcionario que aquí nos ocupa se ha pronunciado a favor de la *solución unitaria* concretamente VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, p. 723.

(34) Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 471 ss.; *idem*, «La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, pp. 192 ss.

fundamenta en la idea del delito especial como un delito distinto, *sui generis* con respecto al delito común paralelo.

33. Por lo que hace a los dos principios, el de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación (en su versión limitada), en los delitos especiales impropios, el fundamento material de ambos principios reside, principalmente, en lo siguiente: es más grave participar en el delito especial impropio que en el común paralelo, y ello debe reflejarse en la pena. Esta es la razón por la que el concurso de leyes que se presenta entre la participación en el delito especial impropio y el delito común paralelo debe resolverse en favor de la primera por aplicación, como mínimo, del principio de alternatividad (art. 8.4.^a CP) (35).

34. Además, como ya se ha adelantado, los delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados o privilegiados de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino delitos «distintos» o con sustantividad propia con respecto a éstos. No es correcto deducir el carácter *sui generis* de un delito especial impropio de los indicadores de sustantividad sugeridos por la doctrina alemana del mismo nombre. Ello se debe, sobre todo, a que la naturaleza de dichos indicadores (el *nomen iuris delicti*, el penológico, el sistemático y el del tipo criminológico-normativo de autor) es, esencialmente, formal. El único método interpretativo que permite advertir la existencia de una gran cantidad de delitos «distintos» que nada tienen que ver entre sí en cuanto a su naturaleza jurídica, que el fundamento de que estas clases de delitos puedan ser considerados «distintos» es diferente para cada caso, y de explicar, por último, que las consecuencias dogmáticas previstas para cada una de las constelaciones delictivas en juego pueden ser distintas es el método *teleológico*. Es decir, el método de interpretación orientado a la voluntad y los fines de la Ley. No en vano, una parte considerable de los autores que defienden en Alemania la idea del delito «distinto» consideran que el criterio decisivo para determinar la presencia de un delito distinto consiste en comprobar si el tipo de injusto del delito que se analiza es, o no, distinto al del delito al que se encuentra emparentado. Según este criterio, lo que convertiría en «distinto» a un delito, lo que le dotaría de sustantividad propia respecto de otros delitos sería, precisamente, la «especialidad» de su tipo de injusto, del objeto de la prohibición penal. De entre los representantes de este punto de vista, la mayor parte de ellos han creído ver la espe-

(35) De la misma opinión MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 15/46.

cialidad del injusto al que ahora me refiero en la existencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto al protegido en el delito respecto del que guarda relación (36).

35. En referencia a esto último, y volviendo al caso de la STS 350/2005, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1 CP) no es un simple tipo agravado del delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por particular (art. 392 CP). Se trata de un delito *distinto* a éste. Reveladoras a este respecto son, sin duda, las palabras de Bacigalupo Zapater: «El legislador, en realidad, ha estructurado dos delitos diferentes. El de particular, en el que protege la fe del público en los soportes materiales de la declaración y el del oficial o funcionario público, en el que protege la creencia en la veracidad de lo declarado. Ambos delitos tienen una acción diversa: mientras que la falsificación del particular requiere una intervención material en el objeto protegido (el documento o soporte material de la declaración), en el delito de funcionario se trata, en primer lugar, de una falsa documentación de hechos» (37). Teniendo en cuenta esta circunstancia, la aplicación de los principios de unidad del título de imputación y accesoriadad limitada de la participación al caso de referencia conduce a entender que la solución adoptada por la STS 350/2005 en lo relativo al título de imputación del inductor *extraneus* (Augusto), consistente, recuérdese, en hacerle responder como partícipe en el delito especial cometido por José Carlos (art. 390.1 CP), es, por tanto, plenamente correcta.

36. De los tres argumentos que han sido invocados en apoyo de la solución unitaria (principios de unidad del título de imputación, principio de accesoriadad limitada de la participación y condición del delito especial impropio como delito *distinto* del delito común paralelo) puede extraerse, a mi modo de ver, la siguiente conclusión: carece de sentido seguir distinguiendo entre delitos especiales propios e impro-

(36) SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 31 s. y 118 (en relación con los delitos impropios de funcionario); NAGLER, J., «Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation», *ZakDR* 1940, p. 367; MAURACH, R., «Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, 1954, p. 254; HASSEMER, E., *Delictum sui generis*, 1974, p. 50, nota 137. Sobre todo ello *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., «La doctrina del «*delictum sui generis*»: ¿Queda algo en pie?», *RECPC* 07-06 (2005).

(37) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 5.

pios. Considero más acertado entender que todos los delitos especiales lo son en un sentido propio, que todos ellos son delitos especiales en su conjunto, sin distinciones. Según la solución que en este trabajo se considera preferible, esto es, la unitaria, los delitos especiales impropios deberían recibir, en lo concerniente a la participación de *extranei*, el mismo tratamiento que los propios. Es decir, tanto en unos como en otros, el *extraneus* debería responder con la pena del delito especial. Si se acepta esta consecuencia, como hacen la doctrina y la jurisprudencia actualmente dominantes en España, ¿cuál es, entonces, el sentido de seguir distinguiendo entre delitos especiales «propios» e impropios? En mi opinión, la clasificación que ahora nos ocupa, al distinguir entre delitos especiales con y sin delito común paralelo, sólo tendría alguna razón de ser, precisamente, desde los postulados de la hoy claramente minoritaria solución individualizadora. Ya que sólo desde esta postura produciría algún efecto la existencia en algunos delitos especiales, los (mal llamados) impropios, de un delito común paralelo. Se trataría de la ya conocida consecuencia de que el *extraneus* respondería como partícipe en el delito especial, sino en el común paralelo (38).

37. Tras la entrada en vigor de la LO 15/2003 el 1 de octubre de 2004, la solución unitaria aquí defendida se ha visto reforzada con un cuarto argumento, éste de derecho positivo. Se trata de la aparición del ya mencionado artículo 65.3 CP. Del tenor literal de este precepto se deduce, de modo inequívoco, que el *extraneus* responderá por el mismo título de imputación, y con la misma pena, aunque atenuada, que el *intraneus*. Con ello, el artículo 65.3 CP tendría la virtud, en primer lugar, de resolver de forma expresa una de las cuestiones que mayor grado de controversia había venido suscitando en nuestro país en materia de delitos especiales: la concerniente a la punibilidad del *extraneus*. La expresión «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» resulta, en este sentido, mucho más apropiada para describir los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales que el término «circunstancia», previsto en los números 1 y 2 del mencionado precepto. Además, el artículo 65.3 CP, al no distinguir entre delitos especiales propios e impropios, haciendo extensivo el régimen atenuatorio-potestativo de la pena del *extraneus* a todos los delitos especiales, viene a certificar la defunción de la distorsionadora distinción entre delitos especiales propios e impropios, todavía fuertemente arraigada en el seno de la doctrina española.

(38) De otra opinión ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 126 s., para quien «los denominados delitos especiales impropios no son, en realidad, delitos especiales».

38. De entre alguno de los escasos partidarios con los que todavía cuenta la solución individualizadora ya se ha alzado alguna voz crítica contra esta propuesta de interpretación del artículo 65.3 CP. Según una de ellas, el nuevo artículo 65.3 CP no solo no consagraría como correcta la solución unitaria, sino que, al contrario, habría tomado partido en favor de la solución contraria. Según, por ejemplo, Calderón Gallego y Choclán Montalvo, puesto que el artículo 65.3 CP se refiere exclusivamente a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan* la culpabilidad del autor», el precepto de referencia solo regiría para los delitos especiales «propios». En cambio, en los delitos especiales impropios, esto es, aquéllos en los que los elementos limitadores de la autoría «agravarían» o «atenuarían» la pena, el precepto aplicable, directa o analógicamente, ya no sería el artículo 65.3 CP, sino el 65.1 CP, de cuya conformidad «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurran» (39).

39. Desde mi punto de vista, esta línea de argumentación dista mucho de ser correcta. Cuando el artículo 65.3 CP alude a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan* la culpabilidad del autor», no se refiere solo a los elementos de autoría de los delitos especiales propios, sino también a los de los delitos especiales impropios. Como ya se ha señalado, los elementos que ahora nos ocupan no consisten en meros elementos «modificadores», sino «fundamentadores» del injusto. Y ello es así en *todos* los delitos especiales, tanto en los «propios» como en los impropios. Además, el actual artículo 65.1 CP resulta tan inaplicable a esta segunda clase de delitos especiales como el antiguo artículo 60.1 CP 1973, ya que mantiene la expresión «circunstancias agravantes o atenuantes». Por ello, todo lo que se ha argumentado *supra* en relación con este particular sigue gozando de plena vigencia también desde la perspectiva del artículo 65.3 CP.

40. Por lo demás, en el negado supuesto de que se entendiera que el artículo 65.3 CP solo resultaría aplicable a los delitos especiales propios, entonces el único precepto aplicable (directa o analógicamente) a los delitos especiales impropios no sería el «disgregador» artículo 65.1 CP, sino el «unificador» artículo 65.2 CP. Ya que la auténtica naturaleza de los elementos de autoría de los delitos especiales no es «personal»

(39) De esta opinión, por ejemplo, CALDERÓN GALLEGO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (coords.), *Código penal comentado*, 2005, p. 122.

(art. 65.1 CP), sino que, al contrario, se trata de elementos que afectarían al injusto del delito. Esto es, consistentes «en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla» (art. 65.2 CP). Así, por ejemplo, la posición de autoridad o funcionario público que ocupa el autor de un delito de falsedad documental de funcionario (art. 390.1 CP) no puede ser contemplada como un mero elemento de naturaleza «personal»; sino como un elemento que sirve, entre otros aspectos, para facilitar la «ejecución material del hecho» y, con ello, incrementar el desvalor *ex ante* de la conducta con respecto a la de un particular (art. 392 CP).

41. Esta interpretación del artículo 65.3 CP ha sido avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la STS 18 octubre 2004, relativa a un caso de supuesta participación de *extranei* en un delito de malversación de caudales públicos, no aplicó el artículo 65.3 CP, por no quedar finalmente acreditada la participación del *extraneus*. No obstante, la resolución admitió expresamente que en caso contrario dicho precepto habría sido aplicable. Con ello, la sentencia que ahora nos ocupa vendría a reconocer tácitamente al elemento «autoridad o funcionario público» como una de las «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (art. 65.3 CP) en el delito de malversación de caudales públicos. Esto es, como un elemento fundamentador de la pena, y no meramente agravante, también en un delito especial impropio (40). Esta línea jurisprudencial es seguida por la STS 350/2005, que ahora nos ocupa, en la que el Tribunal Supremo se apoya en el artículo 65.3 CP para castigar al *extraneus* como inductor de un delito especial inequívocamente impropio, como es el de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público (art. 390.1 CP).

42. Lo anterior no significa, sin embargo, que la redacción del artículo 65.3 CP no sea ampliamente mejorable en lo relativo a la pro-

(40) Señala la STS 18 octubre 2004: «Acerca de si debe merecer acogida la alegación de que el recurrente no tenía capacidad para decidir el destino de los bienes, en razón del cargo que ocupaba, debemos insistir en que hallándonos ante un delito especial que sólo puede cometer el funcionario o autoridad que en tal concepto tenga a su disposición la custodia del dinero o efectos públicos de los que ilegalmente dispone para lucro propio o de terceros, es indudable que tal condición no se daba en el recurrente. No dándose en él tal circunstancia nos hallaríamos, teóricamente, ante un caso de participación del «extraneus» en el delito, que conforme al artículo 65 núm. 3 CP que entró en vigor el 1 de octubre último permite bajar un grado la pena (art. 2.2, 65-3º y disposición transitoria 1.ª del CP) (...)»

blemática que ahora nos concierne. A pesar de pretenderlo, la redacción del precepto de referencia no consigue zanjar definitivamente la discusión relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales. La tesis según la cual los elementos que limitan la autoría en aquella constelación delictiva fundamentan en todo caso la pena no es compartida por la doctrina y la jurisprudencia en su totalidad, ni es algo cuyo conocimiento sea tan evidente que deba darse por sabido. Por esta razón, probablemente habría sido preferible redactar el artículo 65.3 CP de tal modo que el extremo que acaba de ser mencionado hubiera sido expresamente aclarado. O, al menos respetar la redacción que el precepto tenía en el apartado decimotercero del artículo único del Anteproyecto de LO de reforma del CP 1995, finalmente enmendado. Según éste, «(...) 3. Cuando en el inductor, en el coautor necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada». Esta redacción, al no distinguir entre elementos fundamentadores y modificativos de la pena, probablemente habría garantizado de forma inequívoca un tratamiento unitario de los delitos especiales, así como la desaparición de la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios. Ya que también en los delitos especiales impropios, y no solo en los propios, la Ley «exige para poder ser responsable» del delito las «condiciones, cualidades o relaciones» que limitan la autoría en los delitos especiales (41). Ésta habría sido la única forma de satisfacer la exigencia de que el derecho positivo disponga un tratamiento unitario para todos los supuestos de participación de *extranei* en un delito especial, de acuerdo con el cual el *extraneus* responda, tanto en los delitos especiales propios como en los impropios, por el delito especial cometido por el *intraeus*.

43. Tampoco es particularmente afortunada la presencia en el artículo 65.3 CP de la expresión «culpabilidad del autor». En un sentido amplio la idea de culpabilidad comprende aspectos muy diferentes de la responsabilidad penal, como los principios de personalidad, de responsabilidad por el hecho, de dolo / culpa o de imputación personal (42). Por ello, habría sido preferible que la Ley hubiese recurrido a alguna expresión más concretamente vinculada a la naturaleza

(41) En este sentido GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, *passim*.

(42) *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., 2004, 4/64.

jurídica de los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales. En mi opinión, habría sido más certera, por ejemplo, una redacción que hubiese aludido a los elementos de autoría de los delitos especiales como «condiciones, cualidades o relaciones *que fundamentan la autoría* en los delitos especiales». Con ello se habría conseguido destacar algo que no solo suele ser negado por la doctrina, sino que ahora también lo es (y, además, expresamente) por el artículo 65.3 CP. Se trata de que las «condiciones, cualidades o relaciones» que caracterizan a los delitos especiales no tienen naturaleza «personal», sino «objetiva», ya que afectan a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, a la antijuricidad penal del hecho. Esta, y no otra, es la razón de que el artículo 65.3 CP declare el carácter comunicable de tales elementos a todo aquel interviniente en el hecho, también el *extraneus*, que tenga conocimiento de su concurrencia en la persona del autor. De lo contrario, esto es, si las «condiciones, cualidades o relaciones» de los delitos especiales consistieran, efectivamente, en elementos «personales», entonces lo coherente habría sido que el legislador las hubiera regulado como elementos no comunicables a aquellos intervinientes en los que aquéllos no concurren. Esto es, de modo análogo a lo que sucede con las «circunstancias agravantes o atenuantes» previstas en el artículo 65.1 CP.

44. En lo que en este punto del trabajo interesa destacar, el artículo 65.3 CP adolece, según mi parecer, de un último defecto. El precepto indica que el *extraneus* podrá responder con «*la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate*». Esta cuestionable redacción puede conceder a los partidarios de la solución individualizadora la oportunidad de argumentar (en el hipotético supuesto de aceptar que en todos los delitos especiales los elementos que limitan la autoría *fundamentarían* la pena) de un modo parecido (aunque en este caso en sentido opuesto) a como lo han venido haciendo en Alemania algunos penalistas en relación con § 28.2 *StGB* (43). El argumento sería el siguiente: el artículo 65.3 CP nada diría sobre el *título de imputación* por cuya virtud debería responder el *extraneus* en un delito especial impropio, sino que solo se pronunciaría en relación con el marco penal que a éste le corresponde. Esto es: el artículo 65.3 CP sentaría una especie de regla de determinación de la pena, de acuerdo con la cual el *extraneus* respon-

(43) Vid. ROXIN, C., *LK*, 11.ª ed., § 28/53, y CORTÉS ROSA, M., «Teilnahme am unechten Sonderverbrechen», *ZStW* 90 (1978), pp. 432 ss.

dería por el delito común paralelo, aunque con la pena del especial. En mi opinión, esta posibilidad interpretativa, sin duda distorsionadora, podría haberse evitado si el artículo 65.3 CP hubiese declarado expresamente que el *extraneus* en un delito especial impropio responderá no solo «con la pena» del *intraneus*, sino «por» el delito especial.

VI.

45. Llegamos, por fin, ya a la última de las cuestiones que constituyen el objeto del presente comentario a la STS 350/2005. Se trata de si, en el caso que nos ocupa, el sujeto que interviene en los hechos como inductor, Augusto, merece menos pena que la persona que lo hace como autor, es decir, José Carlos, por no concurrir en el primero las «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (art. 65.3 CP). O dicho de otro modo: se trata de si el *extraneus* que participa en un delito especial debe responder con una pena inferior a la prevista para el *intraneus*. La STS 350/2005 resuelve la problemática en sentido afirmativo. Concretamente, en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia se indica que «como señala el Ministerio fiscal, este condenado es, pese a su condición de funcionario público, un “extraneus” al hecho, pues el obligado al deber de veracidad es el agente de la Guardia Urbana y no Augusto quien induce al agente a infringir el deber de veracidad propio. Consecuentemente, y de conformidad con antecedentes jurisprudenciales (desde la STS 14.1.1994) procede aplicar el artículo 65.3 del Código Penal y reducir en un grado la pena correspondiente a la falsedad en documento oficial». Comprobemos si la decisión del Alto Tribunal merece ser compartida o no.

46. Antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, un importante sector doctrinal y jurisprudencial ya consideraba que el *extraneus* que participa en un delito especial merece menos pena que el autor *intraneus* del delito. Y no sólo esto, sino que entendía que el Código penal *ex* LO 10/1995 ofrecía mecanismos para atenuar la pena del *extraneus*. Los integrantes de este sector propusieron dos formas de conseguir para el *extraneus* el mencionado efecto atenuante, sin forzar –siempre en su opinión– el derecho positivo, hasta el punto de interpretarlo o aplicarlo analógicamente *contra legem*. Las dos estrategias argumentativas consistieron en la aplicación de una circunstancia genérica atenuante analógica del artículo 21.6.^a CP

(art. 9.10 CP 1973) (44) y en la aplicación analógica *in bonam partem* del artículo 65 CP (art. 60 CP 1973) (45).

47. Sin embargo, estas dos soluciones entraban en abierta contradicción con el principio de legalidad. La solución consistente en aplicar una supuesta «atenuante analógica de *extraneus*» ex artículo 21.6.^a CP topaba con el inconveniente de que, en los casos de referencia, no existía otra circunstancia respecto de la que pudiera predicarse la «análoga significación» exigida por la ley (46). De todas las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 CP, ninguna afecta a la categoría que se encuentra implicada cuando nos referimos a la concurrencia o la ausencia de los elementos de autoría de los delitos especiales. Esto es, a la antijuricidad (47). La pretendida analogía únicamente podía haberse predicado tomando como referencia la exigente incompleta del artículo 21.1.^a CP en relación con alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20 CP. No obstante, pretender la existencia de una analogía relevante a efectos de pena entre el menor contenido de injusto de la participación del *extraneus* en un delito especial con el menor contenido de antijuricidad que caracteriza, por ejemplo, a una conducta típica co-

(44) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, PG, 4.^a ed., 1997, p. 382.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., AP 1996, pp. 19 ss.; SÁNCHEZ-VÉRA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 271 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., AP 1995, pp. 103 s. En la jurisprudencia, esta solución encontró el respaldo de múltiples resoluciones, como las SSTS 12 de febrero de 1997, 12 de julio de 1999, 21 de diciembre de 1999 («caso Roldán»), 28 de marzo de 2001 («caso Urralburu»), 8 de mayo de 2001, 7 de noviembre de 2001 y 11 de junio de 2002, entre otras.

(45) CHOCLÁN MONTALVO, J. A., AP 1995, pp. 103 s.

(46) Ya en 1966 negó esta posibilidad en relación con el *extraneus* no funcionario GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice...*, 1966, pp. 292 s. En términos parecidos, concretamente en relación con el delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, se expresó posteriormente GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2.^a ed., Valencia, 1997, p. 135. También crítica con la solución se muestra RUEDA MARTÍN, M.A., REDPC, 2.^a época, (8), 2001, p. 29, nota 166. En la jurisprudencia, la crítica a la solución de la atenuante analógica de *extraneus* se encuentra presente, por ejemplo, en la STS 18 octubre 2004. De conformidad con esta resolución, «no se nos pasan por alto los intentos de esta Sala de suavizar la situación de quien no puede ser autor directo del delito, dada su aparente menor reprochabilidad, habiéndose ensayado para dar solución a este agravio la aplicación, con dudosa corrección dogmática, de una atenuante analógica consistente en no ser –el inductor, cooperador necesario o cómplice– funcionario público o depositario de los bienes. Sería preciso que la analogía se estableciera con alguna otra circunstancia del artículo 21 CP y no con el artículo 65 (...)».

(47) Sobre la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.6.^a CP, *vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 25/48 ss.

metida en legítima defensa con un exceso intensivo (art. 20.4.^a CP en relación con art. 21.1.^a CP) se oponía a la forma de analogía que, probablemente, tiene más sentido para la aplicación del artículo 21.6.^a CP. Me estoy refiriendo a la analogía con el *efecto* modificativo del injusto y la razón específica que fundamenta la circunstancia atenuante (48). Parece claro que en el caso que nos ocupa, la pretendida analogía solo habría podido afirmarse en relación con el primero de estos dos efectos. Sólo una aplicación del artículo 21.6.^a CP que se conformase con ello podría haber conducido a la solución atenuante que en este trabajo se considera materialmente justa (49).

48. En cuanto a la solución que pasaba por aplicar analógicamente el artículo 65 CP *ex* LO 10/1995, en los delitos especiales propios, la aplicación analógica del artículo 65 CP no podía llevar (en el ya negado supuesto de que el elemento de autoría de estos delitos sea un elemento de naturaleza «personal» en el sentido del artículo 65.1 CP) a la atenuación de la pena del *extraneus*, sino a su *impunidad*. Puesto que el elemento de autoría solo es imputable al sujeto en quien concurra, la aplicación analógica del artículo 65 CP *ex* LO 10/1995 a los supuestos de participación de *extranei* en delitos especiales propios habría debido conducir a imputar dicho elemento únicamente al autor, no pudiendo hacerse responsable al partícipe *extraneus* por ningún otro delito.

49. *La llegada de la LO 15/2003* trajo consigo una trascendental modificación del artículo 65 CP. Esta modificación ha afectado al apartado primero del precepto, al que también se ha incorporado, como ya se mencionó *supra*, un decisivo tercer apartado. Según el actual artículo 65.1 CP, «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran». La modificación de este precepto con respecto a su antecedente reside en la sustitución de la referencia a las «circunstancias agravantes o

(48) De esta opinión MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 25/50.

(49) No bastaba, en cambio, con que la analogía del artículo 21.6.^a CP fuera referida exclusivamente al significado material general de alguna de las atenuaciones del artículo 21 CP. De esta opinión, no obstante, SÁNCHEZ-VERA, J., *Delito de infracción de deber...*, 2002, p. 273. Pero incluso en caso contrario lo cierto es que, como ya se ha indicado, tampoco el significado material de ninguna de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 CP coincidiría con el menor merecimiento de pena por la disminución del injusto presente en la conducta del *extraneus* que participa en un delito especial.

atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal» por la más sencilla «circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal». Con ello, el artículo 65.1 CP se habría aproximado, al menos terminológicamente, a los «*elementos personales especiales*» del § 28.2 *StGB* (50). En cuanto al apartado tercero del artículo 65 CP («cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate»), este precepto ha evitado hábilmente el principal obstáculo con el que topaba la aplicabilidad del artículo 65 CP 1995 antes de la LO 15/2003: la referencia a las «circunstancias agravantes o atenuantes». El artículo 65.3 CP abandona aquella terminología, todavía presente en los apartados primero y segundo del artículo 65 CP, en favor de la alusión a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor». Con ello, el artículo 65.3 CP habría venido a satisfacer las expectativas de aquéllos que, tanto desde los postulados de la solución individualizadora como desde la solución unitaria, habían venido reclamando del legislador la incorporación al Código Penal de un precepto que, al estilo del § 28.1 *StGB*, estableciera una atenuación de la pena para el *extraneus* (51).

(50) Según este precepto, «si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) los elementos personales especiales (§ 14.1) que fundamentan la punibilidad del autor, se atenuará la pena de acuerdo con el § 49 *StGB*».

(51) Representa este punto de vista, entre otros autores, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., 2004, 15/43. En la jurisprudencia lo hacen, entre otras resoluciones, las SSTS 18 de octubre de 2004, 10 de junio de 2005 y 8 de junio de 2006. Según la STS 18 de octubre de 2004, que se pronunció al respecto en el marco de uno de los más paradigmáticos delitos especiales impropios, el delito de malversación de caudales públicos, «(...) cuando nos hallamos ante un delito especial, la jurisprudencia más reciente de esta Sala viene entendiendo que, como quiera que el tipo delictivo exige una condición del sujeto activo (funcionario público o autoridad) o una circunstancia (custodia y disponibilidad de los bienes públicos), el tercero en quien no concurren estas circunstancias no podrá cometer el hecho conforme al número 1 del artículo 28 CP pero sí puede hacerlo, según el número 2 de ese artículo, en concepto de inductor o cooperador necesario. El tercero que coopera al hecho aunque no fuera funcionario o no tuviera la disposición de los caudales públicos, es consciente y colabora a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona (o en colaboración con la persona) encargada de su custodia, lo que hace más reprochable su conducta que si cometiera el correlativo delito común, en los casos de delitos especiales impropios». Por su parte, la STS 10 de junio de 2005 recuerda que «(...) la jurisprudencia de esta Sala ha venido entendiendo que, en este tipo de delitos, el “extraneus” debe ser

50. Desde un *punto de vista político-criminal*, la atenuación *facultativa* de la pena del *extraneus* que participa en un delito especial que se encuentra en el artículo 65.3 CP está, desde mi punto de vista, completamente justificada. A tales efectos, puede resultar de utilidad distinguir entre tres clases de delitos especiales: *a)* aquéllos en los que el elemento cualificante expresa la existencia de una *estructura social institucionalizada*; *b)* los delitos especiales que se fundamentan en el incumplimiento de una *función social no institucionalizada* dimanante de una determinada *posición social no institucional*; y *c)* los delitos especiales en los que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna, sino que se debe a otras razones (52).

condenado con una pena atenuada respecto del autor “intraneus” (*vid.*, *ad exemplum*, STS de 28 de marzo de 2001). Hemos de reconocer igualmente que, en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, se faculta expresamente a los Jueces y Tribunales para imponer al culpable “extraneus” la pena inferior en grado a la señalada por la Ley, precepto sin duda favorable a la acusada y por tanto aplicable retroactivamente a la misma, como se solicita en este motivo (*vid.* artículo 2.2 CP). Este Tribunal entiende, por último, que en las conductas enjuiciadas debe apreciarse una mayor antijuridicidad en la llevada a cabo por el funcionario público, en quien concurre, lógicamente, un especial deber de fidelidad y probidad en el desempeño de sus funciones, en aras del mejor funcionamiento de la Administración pública y del interés de la sociedad y de los ciudadanos en general». Por último, la STS 8 junio 2006 señala que «el vigente artículo 65 del Código Penal, tras su reforma operada por LO 15/2003, ha positivizado la inteligencia jurisprudencial de la participación de extraños en estos delitos especiales propios, facultando a los tribunales a empezar una pena conforme en grado a la prevista para quienes detentan el elemento especial de autoría. En el caso de autos procede atender esta menor antijuridicidad en la conducta del empresario, en relación a la del Alcalde, que es el funcionario público y quien dicta la resolución injusta, por lo que tiene el dominio del hecho e infringe el deber específico del funcionario público. Consecuentemente procede reducir en un grado la pena prevista para el tipo penal de la prevaricación. El artículo 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño en la relación funcional y el ejercicio de esa facultad, deber ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcional, pues se trata de delitos de infracción de deber en los que sólo el funcionario tiene el dominio de la acción, también la gravedad de la conducta realizada».

(52) Otra clasificación se encuentra en ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 129 ss. Robles distingue entre delitos de posición y delitos de infracción de deber. En los primeros, para los que serían de aplicación las reglas generales de determinación de la autoría y la participación, el *extraneus* partícipe no se beneficiará de una atenuación de la pena por su condición de no cualificado. En cambio, en los delitos de infracción de deber (singularmente, en los delitos de funcionario) no podrá producirse –siempre según Robles– intervención del *extraneus* en el delito, por lo que su comportamiento quedará, salvo que la Ley disponga expresamente lo contrario, sin pena. De la misma opinión, aunque formulando ciertas matizaciones, SILVA SÁNCHEZ,

51. En el primer grupo de delitos especiales, el bien jurídico se encuentra implicado en estructuras sociales institucionalizadas. Por ejemplo, en los delitos contra la Administración pública, el titular de dicha esfera o fuente de riesgos para el bien jurídico, normalmente la autoridad o funcionario público, es el interviniente en el hecho con mayor facilidad de ejecución o mayor control sobre los riesgos típicos que se cernirían sobre el bien jurídico. No cabe duda de que, también en estos delitos, el particular que participa en el hecho también accede, indirectamente, al bien jurídico protegido. El no funcionario que ayuda al funcionario competente a malversar caudales públicos también pone en peligro, indirectamente, la confianza del ciudadano en el correcto funcionamiento de la Administración de justicia. Sin embargo, debe advertirse que, en estos casos, el no funcionario no solo *no tiene* el dominio del riesgo típico que caracterizaría al funcionario público, sino que, como dice ROXIN, *no puede tenerlo* (53). Porque dicho dominio procede de la función pública que desempeña el funcionario, y a la que el partícipe *extraneus* es ajeno. En los delitos de funcionario, el tipo exigirá, normalmente, que el autor sea una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función. Sin embargo, salvo contadas excepciones, nada dice sobre el partícipe. Ante esta circunstancia, parece difícil negar que éste último podrá ser tanto un funcionario (por ejemplo, uno cuyas competencias específicas no lo conviertan en autor, como ocurre en el caso de la STS 350/2005) como un particular. En estos casos, la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* tendrá la virtud de atender también a la diferencia de desvalor de la acción que existe entre la conducta del partícipe *extraneus* y la del partícipe funcionario. En efecto, para este segundo sujeto, pese a no ser competente para realizar el tipo como autor, la ejecución de su aportación como partícipe sin duda se ve facilitada frente al *extraneus* por su condición de funcionario (54).

J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 68 s. Silva distingue entre los delitos de posición, los de infracción de deber, y una categoría mixta de delitos especiales (representada, por ejemplo, por el delito fiscal) caracterizada por que, en ellos, se produciría la concurrencia de las dos dimensiones citadas: la de posición y la de infracción de deber. En la primera clase de delitos no cabría la atenuación de la pena del *extraneus*, en la segunda la participación del *extraneus* sería impune, y en los delitos especiales mixtos cabría la atenuación de la pena. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 71.

(53) ROXIN, C., *LK*, 11.^a ed., 1994, § 28/56 y 88 ss.

(54) De la misma opinión RUEDA MARTÍN, M. A., REDPC, 2.^a época, (8), 2001, pp. 162 ss.

52. En los delitos especiales cuyo injusto se fundamentaría en el incumplimiento de una *función social no institucionalizada* dimanante de una determinada *posición social no institucional*, el fundamento del dominio del riesgo típico reside en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una *posición* especial de dominio respecto del bien jurídico. De este modo, el bien jurídico se presenta, frente al *intraneus*, como especialmente vulnerable. Ello sucede, por ejemplo, en delitos como el de revelación de secreto profesional (art. 199 CP) o los delitos societarios (arts. 290-295 CP). Desde mi punto de vista, también en estos delitos especiales cabe afirmar que la aportación del partícipe *extraneus* probablemente tendrá también un menor contenido de injusto. Ello obedece a que la falta de dominio del riesgo típico del *extraneus* resulta difícilmente «subsana-ble» en el caso concreto por no ocupar, a diferencia del *intraneus*, una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. No obstante, considero que el «alejamiento» (*Entfernung*) que, según Roxin, existe entre el *intraneus* funcionario y el partícipe *extraneus* en los delitos de responsabilidad por incumplimiento de una función institucional es, en los delitos especiales de posición, inferior. En esta clase de delitos, las esferas o estructuras sociales en que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas ni están tan formalizadas como en los delitos «institucionales». Por esta razón, dichas esferas resultan más «penetrables» por terceros *extranei*, de modo que éstos últimos pueden realizar aportaciones al hecho más relevantes que en aquéllos.

53. Por último, en algunos delitos especiales la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna. Me estoy refiriendo a delitos como el de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º CP) o el alemán de exhibicionismo masculino (§ 183 StGB). En esta tercera clase de delitos especiales, la ausencia del elemento cualificante de la autoría en el partícipe no se corresponde con un menor contenido de injusto de su conducta. De este modo, no cabe afirmar que la conducta del *extraneus* es, por principio, menos grave que la del *intraneus* (55).

54. Desde mi punto de vista, esta clasificación tripartita de delitos especiales debe producir importantes efectos en orden a la solución

(55) Vid. HERZBERG, R. D., «Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme», (3), JuS 1975, pp. 647 ss.; ÍDEM, ZStW 88 (1976), pp. 68 ss.; ÍDEM, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, *passim*; ÍDEM, «Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale», GA 1991, pp. 168 ss.

del problema consistente en si el partícipe *extraneus* debe ser castigado con la misma pena que el autor cualificado o bien con una pena inferior. Según entiendo, tanto en los delitos especiales consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada como en aquéllos que se fundamentan en el incumplimiento de una función no institucionalizada), los Jueces y Tribunales *deben* atenuar la pena del *extraneus*. En estos casos, el *extraneus* se encuentra más alejado del dominio del riesgo típico que ostenta el *intraneus* que en el resto de delitos. Sin embargo, en los restantes delitos especiales no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en tales supuestos, el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no sería inferior al que caracteriza la conducta del *intraneus*.

55. Esta última consecuencia puede advertirse de forma evidente en el delito de alzamiento de bienes previsto en el artículo 257.1.º CP. De conformidad con este precepto, «será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (...) el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». La razón por la que el legislador ha decidido circunscribir en este delito el círculo de posibles autores al *deudor* no reside, según creo, en la existencia de un deber jurídico especial consistente en la no defraudación del derecho de crédito de sus acreedores que recaería sobre el *intraneus*. A mi modo de ver, lo que ha impulsado al legislador a la mencionada restricción del círculo de autores es el hecho de que, en la realidad fenomenológica, quien más interés tiene, por lo general, en defraudar al acreedor es su propio deudor. Esto no significa, sin embargo, que su conducta defraudatoria sea necesariamente más grave que la del tercero no deudor que le ayude. Por esta razón, en aquellos casos en los que dicha participación adopte la forma de la inducción o la cooperación necesaria, no existe, en términos de merecimiento de pena, razón alguna para atenuar la pena del *extraneus*.

56. Todo lo anterior conduce a afirmar que en el caso de la STS 350/2005 la decisión del Tribunal Supremo de casar parcialmente la Sentencia de instancia, en el sentido de atenuar la pena de Augusto, en aplicación del artículo 65.3 CP, es correcta. Como ya se ha mencionado, en los delitos en los que el tipo exige que el autor sea una autoridad o funcionario que realice la conducta típica en el ejercicio de sus funciones (el delito de falsedad en documento oficial previsto en el artículo 390.1 CP ello ocurre), el *extraneus* se encuentra, por definición, más alejado del control del riesgo típico que en otros delitos, debido a que el bien jurídico se encuentra circunscrito en un ámbito

fuertemente formalizado. Ciertamente, es Augusto quien convence a José Carlos para que lleve a efecto el boletín de denuncia falso. Pero a partir del momento en que José Carlos se deja convencer, el control del riesgo típico que acaba realizándose en la lesión del bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental de funcionario (recuérdese, las funciones del documento) corre exclusivamente a cargo del agente de la Guardia Urbana, José Carlos. Es él el único que puede realizar materialmente el boletín, habida cuenta la virtualidad probatoria que pretende conferir Augusto a dicho documento; de él depende que la denuncia se curse o no ante la Administración competente: y es él, y no otra persona, la que finalmente decide no dar curso a la denuncia y facilitársela a Augusto para que éste adjunte una copia de la misma a la instancia que presente en recurso contra la multa de tráfico que le había sido impuesta. Frente a esto, la capacidad de Augusto para acceder a dicho ámbito de dominio y aproximarse siquiera al control del riesgo típico es nula, o prácticamente nula.

57. Como no puede ser de otro modo, el Tribunal Supremo procede a atenuar la pena de Augusto en aplicación del artículo 65.3 CP. Como ya se indicó *supra*, antes de la entrada en vigor de este precepto, doctrina y jurisprudencia sugirieron varias vías legales para articular *secundum legem* la mencionada atenuación. Y como también se señaló, ninguna de estas soluciones se mostraba respetuosa con el principio de legalidad. El escenario que acaba de describirse reclamaba del legislador, por tanto, la incorporación al Código de un precepto que permitiese atenuar la pena del *extraneus* sin contravenir, con ello, el derecho positivo. Este precepto es el artículo 65.3 CP.

58. Uno de los aspectos más acertados de este precepto consiste en el carácter *potestativo*, no obligatorio, de la atenuación de la pena del *extraneus* («los Jueces o Tribunales *podrán* imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate»). Como ya se ha indicado, el *extraneus* que participa en un delito especial no siempre merece ser castigado con una pena inferior a la del *intraneus*. De acuerdo con la clasificación tripartita que aquí se defiende, cabe distinguir entre tres clases de delitos especiales: *a)* los delitos especiales con estructuras sociales institucionalizadas; *b)* los fundamentados en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional; y, *c)* aquéllos en los que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna. Como ya se señaló, en términos de merecimiento de pena, el *extraneus* sólo es me-

recedor de una atenuación de la pena en las dos primeras clases de delitos, pero no en cambio, en la tercera. La atenuación facultativa prevista en el artículo 65.3 CP permite satisfacer de forma adecuada esta diversidad de supuestos. Con ello se evita la inconsecuencia (inevitable en un sistema de atenuación obligatoria) que supondría atenuar la pena, por ejemplo, de un «no deudor» que induce a un «deudor» a alzarse con sus bienes en perjuicio de los acreedores de este último, o que coopera necesariamente con él persiguiendo dicho objetivo. Y ello a pesar de no existir, en mi opinión, razón alguna para afirmar en dicho caso que la conducta del *extraneus* merece menos pena que la del *intraneus* (56).

59. No obstante, el artículo 65.3 CP solo alude de forma expresa a dos de las tres formas de participación teóricamente imaginables: la inducción y la cooperación necesaria. No menciona, por tanto, la complicidad. Esta circunstancia hace surgir la duda de si la atenuación prevista en el precepto que ahora nos ocupa resulta, o no, extensible al cómplice. Desde mi punto de vista, del mismo modo que el inductor y el cooperador necesario *extraneus* pueden ser merecedores de una atenuación de la pena en un número considerable de casos, desde una perspectiva de *lege ferenda* no existe razón alguna para que ello no ocurra también en el caso del cómplice. Es probable que la razón por la que el nuevo artículo 65.3 CP no se ha referido expresamente a dicha forma de participación deba verse en el hecho de que éste ya cuente, por principio, con una atenuación de la pena para toda clase de delitos. Esta atenuación coincidiría, además, con el marco penal previsto en el artículo 65.3 CP, en su caso, para el *extraneus* inductor o cooperador necesario en un delito especial: la pena inferior en grado con respecto a la del autor (art. 63 CP). Teniendo en consideración todo esto, quizá quepa concluir que la idea que subyace al artículo 65.3 CP es la siguiente: en los delitos especiales todo interviniente en el hecho a excepción del autor podrá beneficiarse, como máximo, de una atenuación de la pena correspondiente a la pena inferior en grado (57).

(56) Esto es lo que habría ocurrido si se hubiese aprobado sin enmiendas el apartado decimotercero del artículo único del Anteproyecto de LO de reforma del CP 1995. Según este precepto, «se modifica el apartado 1 y se añade un apartado 3 al artículo 65 que quedan redactados como sigue: «(...) Cuando en el inductor, en el cooperador necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales *impondrán* la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada».

(57) La discusión sobre si el *extraneus* que participa como cómplice en un delito especial merece una doble atenuación de la pena, esto es, como cómplice y como

60. Las objeciones que acaban de ser expuestas en modo alguno deberían conducir, sin embargo, a la derogación del artículo 65.3 CP. No resulta compatible en lo relativo a esta materia, por ello, el *Proyecto de reforma del Código Penal* que en la actualidad se encuentra en fase de tramitación parlamentaria (58). En el artículo Único del mismo se incluye un apartado decimoquinto, en el que declara que «se suprime el apartado 3 del artículo 65». La E. de M. de dicho proyecto no hace mención alguna a las razones que justifican dicha derogación. Con todo, parece razonable presumir que ésta coincidirá, en esencia, con el contenido de las enmiendas presentadas en su momento por el Grupo Parlamentario Socialista (59) y el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (60), proponiendo la supresión del apartado tercero del artículo 65 CP. Según el tenor literal de dichas enmiendas, «la propuesta (scil. de incorporación al CP del actual art. 65.3 CP) es sencillamente una aberración jurídica. Contempla el problema de la parti-

extraneus no es en absoluto nueva en el contexto, más amplio, de los países de nuestro entorno cultural. Uno de los países en los que este debate ha tenido lugar de un modo más intenso, sin duda gracias a la presencia de un precepto de profundas raíces históricas como el § 28 *StGB*, es Alemania. En el ámbito de la discusión alemana, un número considerable de autores considera que no existe razón alguna para negar la posibilidad de atenuar la pena del cómplice *extraneus* en dos grados, uno como cómplice y otro como *extraneus*, con respecto a la pena del autor. El principal argumento que este sector doctrinal invoca en favor de esta solución es que, en caso contrario, se equipararía penológicamente, de un modo injusto, dos clases de intervenciones en el hecho que para el legislador tienen distinto contenido de injusto: las de inducción/cooperación necesaria y las de complicidad. Creo que este último argumento sería plenamente extensible, desde una perspectiva *de lege ferenda*, a la legislación penal española. Como es sabido, el artículo 28 CP equipara penológicamente al inductor y al cooperador necesario con el autor, y el cómplice queda excluido de esta equiparación en virtud del artículo 29 CP. En principio, esta regulación tiene carácter general. Se diría, por tanto, que su pretensión de validez abarcaría, por consiguiente, tanto a los delitos comunes como a los especiales. Sin embargo, el artículo 65.3 CP parece establecer una excepción a esta regla general. Castigando con la misma pena al inductor/cooperador necesario y al cómplice *extraneus*, el legislador de 2003 habría ignorado la teórica diferencia valorativa existente entre unas y otras contribuciones al hecho delictivo. Pero, ¿cuál es la razón que explicaría que dicha diferencia valorativa entre tales formas de participación deba tener su reflejo en la pena de unos y otros en los delitos comunes y no, en cambio, cuando de delitos especiales se trate? Si, como creo, lo que explicaría la atenuación de la pena para los *extranei* en gran parte de los delitos especiales sería la no concurrencia en ellos de los elementos que restringen el círculo de autores en esta clase de delitos; y si ello reflejaría, además, una mayor dificultad de ejecución o menor control sobre los riesgos típicos que se ciernen sobre el bien jurídico, ¿cómo se explica, entonces, que el cómplice *extraneus* no sea también merecedor de dicha atenuación de la pena?

(58) «BOCG, Congreso de los Diputados», 15 de enero de 2007.

(59) Enmienda número 85.

(60) Enmienda número 47.

cipación en delitos especiales, respecto de la cual tanto jurisprudencia como doctrina estima que se rige por las reglas comunes, con la excepción para la autoría principal de los delitos especiales propios. En España es absolutamente minoritaria la doctrina que ha sostenido que los “extraños” que participan en un delito especial han de tener una especie de atenuación análoga (sin base legal, por supuesto) fundada en el hecho de “no tener la condición especial”, como si no fuera cierto que no han contribuido igualmente a la lesión del bien jurídico. Esa opinión parte de considerar que los delitos especiales son una especie de “subsistema”, que no se rige por el principio de protección de bienes jurídicos, sino por el de infracciones de deber, en clara regresión respecto del pensamiento moderno. Es, por lo tanto, una modificación innecesaria, regresiva y sectaria, en la medida en que sólo pretende satisfacer a un insignificante sector doctrinal» (61).

(61) «BOCG, Congreso de los Diputados», 23 de junio de 2003. También críticos con el artículo 65.3 CP se muestran QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios*, 3.ª ed., 2004, p. 424; y ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 126 s., quien afirma que «*hubiera sido más conveniente y acertado no introducir el artículo 65.3 CP*».