

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Referencia: FIS-C-1990-00002

La reforma llevada a cabo en el Código Penal, por la LO 3/1989, de 21 de junio, representa, tanto o más que por su propio contenido, por el influjo en los principios inspiradores del propio Código y hasta del enjuiciamiento penal, un profundo cambio de concepciones y de los puntos de partida para el tratamiento punitivo de muchas de sus materias, entre las que figuran algunas de tanta incidencia en la vida de relación como son los delitos contra la integridad corporal o contra la libertad sexual. Si ello, de una parte, impone el establecimiento de unos criterios firmes y uniformes de interpretación en el ámbito de las actuaciones del Ministerio Fiscal, para alcanzar el principio de unidad que es base de la seguridad jurídica a que todos tienen derecho en el proceso penal, obligaba, de otra, a no precipitar la fijación de tales criterios, por lo que pareció más prudente esperar a que la práctica señalara cuáles eran los puntos conflictivos -y en los que la variedad de interpretaciones pueden propiciar resoluciones contradictorias o con tratamiento punitivo dispar, en perjuicio de quienes son los destinatarios de tales decisiones- antes de abordar la tarea de impartir a los señores Fiscales instrucciones destinadas a alcanzar aquel fin.

Tras un año de aplicación de la Reforma y debatidos en la Reunión de Fiscales Jefes, celebrada en Valencia en el mes de mayo último los problemas que dicha aplicación ha planteado, parece llegado el momento de que esta Fiscalía General del Estado, cumplidos los trámites de asesoramiento que el Estatuto establece, señale los criterios que los Fiscales deben seguir en todos aquellos puntos en que se han detectado las discrepancias interpretativas, a fin de dar cumplimiento al principio constitucional de la unidad de actuación de nuestro Ministerio, evitando, al menos en el ámbito de la acusación pública, la existencia de calificaciones y peticiones de pena contradictorias, con riesgo de propiciar sentencias que también lo sean y que, por la misma notoriedad de la contradicción de sus términos, lesionen, de un lado, el principio de igualdad de todos ante la Ley; y, de otro, no puedan menos que escandalizar a la opinión pública y su sentido de justicia.

En consecuencia, las Señoras y Señores Fiscales, deberán en lo sucesivo atenerse, en la aplicación de los preceptos reformados en el Código Penal por la Ley Orgánica 3/1989, a los siguientes criterios:

I

Nuevos delitos de riesgo en general

Siguiendo la sistemática del Libro II de nuestro CP, y no la estructura de la Ley Orgánica 3/1989, la primera reforma fundamental que debemos analizar es la que se ha producido en las Secciones 1.ª y 4.ª del Capítulo II del Título V referente a los «delitos de riesgo en general».

A) La reforma de los delitos contra la seguridad en el tráfico

En lo que hace a la Sección 1.ª del Capítulo antes citado, ha sufrido un retoque el número 2.º del artículo 340 bis a), y se ha introducido un nuevo subtipo agravado de conducción temeraria,

que contempla los comportamientos de los vulgarmente conocidos como «conductores suicidas» -art. 340 bis d)-.

a) En cuanto a la conducción temeraria básica, tipificada en el artículo 340 bis a), número 2, ha sido suprimido entre los resultados de la conducción con temeridad manifiesta el concreto peligro para los bienes. La supresión es congruente con la despenalización de los daños culposos de cuantía inferior al límite del seguro obligatorio. Si la comisión imprudente de esos daños no es ilícito penal, menos debe serlo la creación de un riesgo para ese bien jurídico patrimonial cuya tutela penal, apreciando el principio de intervención mínima, el legislador ha considerado innecesaria por debajo de ciertos límites.

La modificación no afecta por lo demás, a la estructura ya conocida del tipo y sólo viene a subrayar el carácter concreto del riesgo exigido en aquél, cuya existencia real ha de ser probada por la acusación.

Debemos agregar que el concepto de vehículo de motor y su inclusión o no en él de los ciclomotores, ha quedado definitivamente zanjado con la definición auténtica del Anexo 9.º del nuevo Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial, porque excluye expresamente del concepto a los ciclomotores y a los tranvías, siguiendo con ello una larga tendencia jurisprudencial (una de cuyas últimas expresiones es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8-VI-1987 que acogió también la consulta de esta Fiscalía General del Estado 5/1988).

b) Mayores problemas plantean las nuevas figuras introducidas por el nuevo artículo 340 bis d), y decimos nuevas figuras por cuanto realmente en él se tipifican dos delitos de naturaleza distinta: un subtipo agravado del artículo 340 bis a), número 2, esto es, del tipo base de peligro concreto; y una nueva modalidad de aquella conducta básica, que se sanciona sin exigir la producción de un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, esto es, se configura como delito de peligro abstracto o presunto.

a') El párrafo 1.º del artículo 340 bis d) se remite a la conducta descrita en el número 2.º del artículo 340 bis a), a la que agrega, para agravar la pena, el requisito típico de que se realice «con consciente desprecio por la vida de los demás». Trátase de un elemento subjetivo del injusto, que ha de ser abarcado por el intelecto del autor, bien por su dolo, bien por su culpa con representación -consciente- y que refleja una mayor culpabilidad por el carácter, si bien objetivada a través de la ejecución de la conducta que evidencia y pone en acto aquel menosprecio.

Se plantea así una situación confusa en el ámbito del tipo subjetivo de este delito, ya que de un lado se exigen elementos abarcados por el dolo o conscientes, mientras que de otro se debe excluir el dolo con respecto a la producción de un resultado lesivo y hasta del riesgo para la vida, pues, de producirse tal riesgo o resultado dolosamente, entraríamos en el ámbito del homicidio, ya intentado, ya incluso consumado. Lo que quiere decir que respecto a los eventuales resultados de peligro concreto para la vida, solamente debe ser exigida la culpa consciente o con representación. La alternativa de aceptar también como integrante del tipo subjetivo del ulterior delito de resultado el dolo eventual sólo sería admisible si, en contra de lo que defiende la doctrina mayoritaria, no se aceptara la posibilidad de la tentativa respecto a los resultados eventualmente aceptados, al considerar que la tentativa implica la dirección de la acción hacia un resultado y el dolo eventual lleva consigo el haber tomado en cuenta la alternativa de que tal resultado no se produzca. Pero sí frente a esta posición subjetiva, se adopta la más extendida postura objetiva de ejecución de actos que dan comienzo al riesgo de lesión del bien jurídico, es evidente que la creación con dolo eventual de un peligro concreto para la vida de persona o personas determinadas constituye una tentativa de homicidio que, tanto por el principio de consunción, como por aplicación del artículo 68, debiera ser sancionada preferentemente, absorbiendo la conducta básica del artículo 340 bis d).

De otra parte, se ha planteado la cuestión de sí «el desprecio por la vida de los demás» no va ínsito en toda conducción con temeridad manifiesta, máxime cuando crea un peligro concreto para la vida de terceros. Tesis esta que conecta con la teoría de Exner, que veía la esencia de la culpa precisamente en la infravaloración o menosprecio de los bienes jurídicamente

tutelados. De ser esto así, la nueva figura habría dejado sin contenido el tipo base del artículo 340 bis a) número 2, pues difícilmente sería concebible una conducción con temeridad manifiesta y puesta en peligro de la integridad o vida de las personas, que no representara un menosprecio de la vida de los demás, a que en el ámbito de la circulación rodada no sería fácil deslindar resultados lesivos que no representaran a la vez un peligro para la vida de los afectados por ellos.

Sin embargo, la creación de la nueva figura del artículo 340 bis d), como una modalidad agravada del artículo 340 bis a) número 2, debe obligar a deslindar ambos tipos dejando para el 340 bis d) aquellos supuestos de conducción en que la temeridad es manifiestamente más grave, aumentando así el contenido de antijuridicidad de la conducta. Esa gravedad ha sido expresada por el legislador con la fórmula del «consciente desprecio por la vida de los demás», lo que implica a la vez que la representación de un accidente mortal se presente como probable para el sujeto, sin que tal probabilidad le desanime de la ejecución del acto temerario. Ese «plus» de temeridad permite además deslindar los supuestos de adopción consciente de la conducción en condiciones de temeridad o riesgo (supuesto típico del «conductor suicida», ya por afán de aventura, ya por apuesta o desafío), de aquellos otros en que la conducción en condiciones de peligro es consecuencia de una valoración errónea (equivocación al acceder a una autopista por la vía contraria a la marcha, por ejemplo).

Sin pretensiones de agotar las posibilidades que la riqueza de la realidad ofrecerá a la decisión de los señores Fiscales, sí podríamos señalar la siguiente graduación.

1.º Simple conducción infringiendo gravemente las reglas del tráfico, pero sin encontrar otras personas o vehículos para los que tal conducción sea un riesgo: estaríamos o bien ante un acto atípico o ante una tentativa iniciada del artículo 340 bis a) número 2, solución esta que, recordemos, aunque defendida por un cierto sector doctrinal, no es por todos aceptada, ni ha sido admitida por la Jurisprudencia (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1986) por lo que no debe hacerla suya el Fiscal.

2.º Conducción infringiendo gravemente las normas del tráfico, con presencia en la vía de otras personas o vehículos para cuyos ocupantes o viandantes tal conducción representa un peligro que afecta a su vida o integridad: estaríamos ante una conducción temeraria consumada del artículo 340 bis a), número 2.

3.º Conducción infringiendo normas elementales para la seguridad de la circulación, con consciencia de que tal forma de conducción puede llegar a crear un peligro para la vida de terceros, pero sin que llegue a concretarse tal riesgo, por ausencia de otros usuarios de la vía: estaríamos ante un caso subsumible en el segundo párrafo del artículo 340 bis d). En este sentido ese párrafo lo que viene es a penalizar especialmente el supuesto de tentativa del tipo de párrafo 1.º, resolviendo así en este terreno específico la polémica que sobre la posibilidad de punir la tentativa hemos visto se plantea para el 340 bis a), número 2. El mayor contenido de antijuridicidad representado por el «consciente desprecio por la vida de los demás» justifica esa aceptación de la punición de la tentativa con su tipificación expresa e, incluso, el que la pena sea más grave a la impuesta para el supuesto de efectiva creación del peligro en el artículo 340 bis a) número 2.

4.º Conducción infringiendo normas elementales para la seguridad de la circulación, con consciencia de que tal forma de conducción puede llegar a crear un peligro para la vida de terceros, pero confiando en eludir tal resultado, bien por la propia pericia, bien por la improbabilidad de que dadas las circunstancias -hora avanzada, día de poco tráfico, etc.- surjan oportunidades de colisión o riesgo, pero llegando éste a producirse efectivamente por coincidir finalmente con otros usuarios de la vía: será de aplicación el subtipo agravado del párrafo 1.º del artículo 340 bis d).

5.º Conducción infringiendo normas elementales para la seguridad de la circulación, con consciencia de que tal forma de conducción puede llegar a producir un riesgo para la vida de otros usuarios de la vía pública, aceptando tal

riesgo e incluso el resultado para el caso en que se produzca y manteniendo el comportamiento, al coincidir con otros usuarios de la vía, cuya vida se pone conscientemente en el peligro y hasta llega a lesionar, de materializarse el riesgo aceptado en un resultado concreto. En estos casos, en los que el dolo eventual aparece como contenido subjetivo de la conducta, parece más correcta la calificación de homicidio consumado o en grado de tentativa, según se haya o no producido el resultado de muerte.

Con lo que el nuevo artículo 340 bis d) debe quedar reducido a los supuestos en que, o bien no llega a producirse el riesgo para la vida o integridad exigido en la figura base (supuesto en que será de aplicación el párrafo 2); o bien no puede demostrarse la concurrencia del dolo eventual respecto a los resultados concretos, en cuyo caso será de aplicación el párrafo 1.º, si de la conducta se infiere el elemento especializante del «consciente desprecio para la vida de los demás».

b') Para el supuesto de que el peligro se concrete en un resultado, esto es, haya llegado a producirse un accidente, la solución variará en función del elemento subjetivo de la conducta base: si se actuó con dolo eventual, aceptando tales resultados si llegaran a producirse, debe penarse el delito doloso de resultado, que consumiría al de peligro, salvo que éste comporte pena más grave, conforme a la regla del artículo 68 y según la técnica jurisprudencial que, cristalizó en el párrafo 1.º del artículo 340 bis c).

c') Si, por el contrario, el sujeto actuó con culpa con representación, debe en principio aplicarse el párrafo 1.º del artículo 340 bis d), ya que su penalidad es más grave que la que resultaría de aplicar el artículo 565, tanto por la pena conjunta de multa, como por quedar sometido a las reglas del artículo 61. Advertencia esta última que debe tenerse en cuenta a los efectos de aplicación de posibles agravantes, como la de precio, cuando esas conductas se adoptan por obtener una recompensa, ventaja o premio.

Naturalmente que, en los casos excepcionales en que haya de aplicarse el párrafo 2.º del citado artículo 565, las consecuencias punitivas, en relación con el artículo 68, conducirían a la solución contraria, debiendo el delito de resultado más grave absorber al de peligro.

d') Por último señalaremos que, siguiendo una corriente ya iniciada por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, se considerará al vehículo de motor como instrumento del delito a los efectos del artículo 48 del Código, declaración expresa que altera el criterio jurisprudencial hasta ahora mantenido (Sentencias del Tribunal Supremo de 31-X-1973 y 3-X-1981), de que en los delitos de imprudencia cometidos con vehículo de motor y en los de peligro del 340 bis a) no era dicho vehículo instrumento del delito. Dicha norma específica debe conducir a que en los casos en que se aplique el artículo 340 bis d) deberá solicitarse en principio por el Fiscal el comiso del vehículo. Ello puede dar lugar a situaciones injustas (como cuando el vehículo conducido sea ajeno o, incluso, sustraído) a las que los fiscales podrán dar solución satisfactoria recurriendo al segundo párrafo del citado artículo 48 que autoriza al Juez o Tribunal a no decretar el comiso o decretarlo sólo parcialmente cuando, como en este caso, se trate de instrumentos de lícito comercio.

e') Aunque el tema sea ajeno a las cuestiones planteadas por la reforma de esta Sección del Código Penal, parece oportuno dar instrucciones a los Sres. Fiscales, para la adopción de un criterio unitario en orden a la necesidad de solicitar indemnización por los daños o perjuicios causados a consecuencia de la ejecución de uno de los delitos de peligro comprendidos en aquélla, cuando el resultado producido por la conducta sea impune, ya por quedar consumido en la punición del delito de peligro en virtud de la regla del artículo 340 bis c), ya por tratarse de un daño material cuya cuantía lo haga penalmente atípico. Tanto en uno como en otro caso, siempre que el resultado produzca un daño o perjuicio a terceros y sea causado por la conducta punible, debe ser reparado en los términos de los artículos 19, 101, 103 y 104 del Código, independientemente de que la hipótesis típica exija o no la causación de ese daño para la perfección del delito. Aunque los delitos de riesgo sean delitos de consumación anticipada, en cuanto no exigen, para su castigo como perfectos, que el riesgo se materialice en un resultado, no puede olvidarse que la «ratio legis» de su existencia radica precisamente en la

conveniencia de anticipar la tutela de ciertos bienes jurídicos, sancionando las conductas que pueden desencadenar la relación causal que culmine en un daño para tales bienes, incluso antes de que tal conducta causal inicie su desarrollo. Sería, pues, un contrasentido que el «plus de tutela», anticipando el castigo de la acción arriesgada, se convirtiera en una menor tutela cuando la lesión del bien jurídico que se trata de evitar llega en efecto a producirse.

Por ello, siempre que pueda ser acreditada la relación causal entre uno de los delitos de peligro de los artículos 340 bis a), b) y d) un resultado o perjuicio dañoso, sea para las personas, sea para las cosas, debe entenderse que ese daño o perjuicio es causado por tal delito (consecuencia de ese delito) y que sus responsables penales vienen obligados también a reparar civilmente los daños o perjuicios derivados de su conducta punible.

B) En la Sección 4.^a del Capítulo que estamos comentado se introducen, bajo la rúbrica «de otros delitos de riesgo» y en un único artículo, el 348 bis b), dos nuevas figuras de peligro concreto, una referente a la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de sustancias susceptibles de causar estragos; y otra a ciertas actividades relacionadas con la construcción. Ambas figuras se construyen como normas en blanco, pues contienen una remisión a la contravención de «las reglas de seguridad establecidas» (se supone que por normas extrapenales) y exigen la puesta en concreto peligro de la vida, la integridad o la salud de las personas.

Ambas figuras contienen también un catálogo abierto de objetos típicos: así, en el primero, al lado de la enumeración concreta de sustancias que llevan insita, por su propia naturaleza, la capacidad de producir estragos (explosivos, sustancias inflamables, corrosivas, tóxicas y asfixiantes) se incluye «cualquiera otras materias, aparatos o artificios que pueden causar estragos»; y en la segunda figura, a las obras o construcciones específicamente señaladas (pozos, excavaciones, edificios, presas, canalizaciones) se agregan otras «obras análogas».

Como todo delito de peligro, de producirse resultados que constituyan otros tipos penales más gravemente castigados (y generalmente lo serán, dados los caracteres catastróficos de los accidentes que pueden producir las conductas típicas), tales delitos de resultados consumirán el previo estadio del delito de peligro.

De otra parte, el carácter genérico de estos preceptos, especialmente del primero, provocan inevitablemente numerosos concursos de normas: así la tenencia de explosivos o sustancias inflamables o asfixiantes, entra en conflicto con el artículo 204, que será preferentemente aplicable cuando se dé la tendencia o finalidad exigida por el citado artículo 344 y siguientes, cuando se trate de sustancias de las previstas como típicas en dichos preceptos, que serán también de aplicación preferente cuando se dé la finalidad del tráfico que es «ratio legis» de su punición específica; igualmente en ciertos supuestos, pudiera entrar en concurso con el artículo 347 bis, cuando se produzcan vertidos de sustancias tóxicas con infracción de normas que sean a la vez de seguridad y de protección del medio ambiente con riesgo para la salud de las personas, concurso que puede ser de normas o delitos, según se causen o no los otros perjuicios para la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles que contempla también como típicos del artículo 347 bis o cuando se infrinjan normas diferentes, unas de seguridad encaminadas a tutelar a las personas o cosas, y otras específicas de protección del medio ambiente, pues entonces serán dos los bienes jurídicos protegidos que la conducta lesione y que se intentan tutelar en cada uno de los dos preceptos en concurso. Por último, la referencia a sustancias radiactivas puede originar conflictos con los artículos 84, 85 y 86 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, que deben resolverse por el principio de especialidad.

II

La reforma de las limitaciones a la libertad sexual

La reforma en este punto no se limita a adecuar la anticuada redacción de los artículos 383 y 384, acomodada a periclitados criterios decimonónicos, a las nuevas terminologías y concepciones sobre los atentados sobre la libertad sexual y sus sujetos pasivos (los nuevos textos se refieren a «una persona» y no sólo a la «mujer»); sino que llenan algunas lagunas, como la precisión de la «solicitud» ha de ser «sexualmente» y la inclusión de los ascendientes

entre los sujetos pasivos del artículo 384 cuya omisión en la anterior legalidad había denunciado la doctrina. La referencia a las «personas ligadas de forma permanente por análoga relación de afectividad» es congruente con la creciente tendencia a dar relevancia penal a esas situaciones de hecho.

Por lo demás, los preceptos no han sufrido alteración en la estructura de la conducta típica, por lo que siguen siendo aplicables tanto los anteriores criterios en torno a la consumación, que se produce por la simple solicitud, sea o no aceptada por el destinatario de la misma, así como a la consideración de la existencia de un concurso de delitos en los casos en los que la solicitud vaya seguida de la realización de los actos solicitados y éstos constituyan algún tipo de los atentatorios a la libertad sexual (conviene resaltar, al respecto, que la posición predominante del funcionario, en los supuestos que contemplan las hipótesis típicas de los arts. 383 y 384 constituirá, cuando menos, una forma de prevalimiento, por lo que darían los supuestos en los arts. 434 y 436, si la persona sujeto pasivo del acceso o agresión sexual reúne las condiciones típicas exigidas por tales preceptos). Concurso de delitos, prevalente frente a la alternativa de simple concurso de normas, por la lesión del hecho a los bienes y jurídicos distintos, uno el de buen funcionamiento y prestigio de la Administración, tutelado en el Título VII, en que se encuentran los artículos 383 y 384, y otro, la libertad sexual, tutelada por los tipos que pudieran concurrir de consumarse las solicitudes que penan los artículos previamente citados.

III

El nuevo tratamiento de las lesiones

Tal vez sea éste el punto de la Reforma más precisado de aclaración y del establecimiento de unos criterios interpretativos precisos que permitan una actuación unitaria del Ministerio Fiscal, tanto por haberse alterado notoriamente las bases que hasta ahora servían de fundamento a los tipos, como por contener el nuevo articulado abundantes remisiones a conceptos normativos, cuyo real alcance debe determinar el intérprete, con el consiguiente riesgo de confusión y contradicciones.

A) El concepto de «lesión» en la nueva normativa y su límite mínimo

El concepto de lesión en la nueva normativa debe inferirse, de un lado, del bien jurídico protegido en la norma; y del otro, de una inducción a través de los distintos conceptos descriptivos que contienen los tipos para fijar los resultados en ellos penados.

En orden al bien jurídico protegido, lo es la integridad corporal y la salud física o psíquica de las personas. Aunque no falte algún sector que rechace que la integridad corporal pueda incluirse en el bien jurídico, en cuanto tal integridad puede verse afectada en una intervención quirúrgica, ello sólo representa confundir la ausencia de tutela con los supuestos en que el bien jurídico puede ser lícitamente invadido, ya por la colisión con otro bien jurídico -en este caso la salud íntegra del sujeto-, ya por el fin socialmente adecuado de la acción, sin que por ello desaparezca la tutela genérica del bien, sino que sólo cede ante otros intereses prevalentes. Las referencias a las «mutilaciones» o a la «pérdida de miembros», como resultados típicos de lesiones, claramente revelan que la integridad física es uno de los elementos componentes del bien jurídico tutelado, como lo señala inequívocamente la expresa referencia a la «integridad corporal» contenida en el artículo 420 párrafo 1.º.

El concepto y alcance del bien jurídico protegido sirve para delimitar mejor el propio concepto de lesión, pues será lesivo todo acto que atente a dicho bien jurídico y lesión todo resultado que implique un menoscabo del mismo. La necesidad de distinguir entre el acto agresivo y de fijar el límite mínimo del resultado de lesión surge de las propias concordancias internas de los distintos tipos definidos en el Código, en especial del artículo 582.

En efecto, el artículo 582 contiene dos figuras típicas distintas: las lesiones constitutivas de falta y la falta de malos tratos, que se produce precisamente cuando alguien golpea o maltrata a otro sin causarle lesión. Y como quiera que las formas agravadas del artículo 421 se pueden construir, como luego veremos, sobre la falta de lesiones y no sobre la de maltratos, se hace necesario profundizar en el concepto técnico-jurídico de lesión, desvinculándolo, de un lado, de los mecanismos violentos de su producción -golpear o maltratar, por sí mismos, no son comportamientos que generen sin más lesiones- y anudándolo en cambio, aparte de a aquellos

supuestos de ruptura de la integridad física o corporal que, por su naturaleza, no ofrecen duda de su carácter lesivo, a la idea de alteraciones del equilibrio somático-psíquico que vulgar y técnicamente se denomina salud. Y ya dentro de estas alteraciones del bienestar físico y mental no sólo debe considerarse lesión la alteración sustancial del mismo, el proceso patológico que conocemos como enfermedad, sino también las alteraciones mínimas de ese equilibrio que produzcan un malestar, pero no precisen atención médica, ni un mecanismo curativo, que pueden integrar una mínima lesión, pero lesión al cabo, constitutiva de falta, ya que el párrafo 1.º del artículo 582 tipifica como tales el causar a otro, por cualquier medio o procedimiento, una lesión que no precise tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, primera asistencia que por el sentido literal de la frase («o sólo») puede también no darse o reducirse a un mero diagnóstico, sin aplicación de tratamiento por entenderlo innecesario y sin que desaparezca por ello la falta de lesión. Conviene recordar que hay una serie de pequeños daños físicos o alteraciones morfológicas, como equimosis, hematomas, arañazos, etc., que curan de propia intención y sin precisar atención médica y que constituyen ya, conforme a aquel criterio, una falta de lesiones. Resultará así que el límite entre la falta de lesiones y la de malos tratos radicaría precisamente en si tales malos tratos han producido o no uno de aquellos mínimos resultados que constituyen ya una lesión, independientemente de que por su ínfima entidad no precisen una atención médica.

B) La diferencia entre el delito y la falta de lesiones

Pero el tema esencial de la Reforma está más bien en el criterio diferenciador entre la falta y el delito de lesiones, no tanto en el límite legal, que aparece claro, sino en cómo ha de interpretarse tal límite. Decimos que el límite legal aparece claro, por cuanto de la concordancia entre los artículos 420 y 582, nuevamente redactados, resulta que para elevar una lesión a delito debe concurrir una sola condición acumulativa: la de necesitar, además de una primera asistencia facultativa, un ulterior tratamiento médico. Si hay tratamiento médico ulterior, hay delito; si sólo hay, a lo más, una primera asistencia facultativa, el hecho es falta.

Pero es precisamente en la interpretación del sentido y contenido de aquellos términos - «asistencia facultativa» y «tratamiento médico»- donde radican las dificultades, como no podría ser menos, pues estamos ante conceptos normativos o «standards» jurídicos cuyo sentido y alcance viene determinado por el aplicador de la norma. De ahí la trascendencia de llegar a una interpretación unitaria, a un verdadero «standard» que desvanezca toda duda o criterio fluctuante y dispar.

Lo primero que debe señalarse es que los términos «asistencia» y «tratamiento», referidos a «médico» o «quirúrgico» no son necesariamente sinónimos ni comprenden el mismo concepto. Ciertamente un conjunto sucesivo de asistencias, guiadas por un fin curativo, pueden integrar un tratamiento, pero pueden existir tratamientos impuestos o señalados en una única asistencia, que se desarrollen ulteriormente sin un seguimiento o atención médica específica, hasta la comprobación final de la sanidad.

Tratando de sintetizar ambos conceptos podríamos decir provisionalmente que «asistencia» es la atención prestada directamente por un facultativo, con fines diagnósticos o curativos, mientras «tratamiento» es la sujeción del lesionado a un método o sistema de actos o comportamientos destinados a obtener su curación y que deben desenvolverse en un período temporal más o menos dilatado. Según la naturaleza de las atenciones o actos practicados, la asistencia y tratamiento serán médico -si se sigue un método conservador- o quirúrgico -si se utilizan los medios instrumentales y mutilantes o reparadores propios de tal método-.

Ahora bien, uno u otro concepto, así expresados, requieren ulteriores matices:

a) En cuanto al término asistencia lo importante, por su trascendencia como punto de partida del elemento diferenciador entre la falta y el delito de lesiones, es determinar qué se entiende por primera asistencia y cuáles son los requisitos que debe reunir esa asistencia para considerarla tal o para no rebasar su consideración de primaria.

Ante todo no deben caer los señores Fiscales en la confusión entre «primera asistencia» y «asistencia inmediata», en el sentido de exigir una atención médica próxima al hecho causante de la lesión y de la que parta el ulterior tratamiento, de modo que un tratamiento médico sin una primera cura fuera considerado insuficiente para elevar la lesión a delito. En todo

tratamiento hay inevitablemente un acto médico inicial, aunque sea de diagnóstico o prescripción, por lo que siempre habrá una primera atención que debe entenderse constitutiva de primera asistencia.

Otra cosa es que puedan existir supuestos de lesiones -desde luego no graves y ello resta trascendencia al caso- en que el lesionado, bien por su propia idiosincrasia, bien por influjo de su entorno cultural, rehúya la atención médica y cure con cuidados caseros, ya propios, ya de las personas legas de su entorno. Pero entonces la calificación, más que del hecho de la existencia real del tratamiento médico, deberá partir de los resultados de un dictamen pericial sobre si tal tratamiento hubiera sido necesario, primando la verdad material, que es propia de todo el ámbito jurídico-penal, de forma que cuando -en términos de la recta aplicación de los criterios médicos- un tratamiento hubiera sido aconsejable, debe considerarse irrelevante que «de facto» tal tratamiento médico no se hubiere producido, ya por omisión de socorro, ya por imposibilidad material, ya por negativa de la víctima, ya por el recurso a prácticas alternativas.

Entendiendo así por primera asistencia la atención inicial prestada al lesionado, sea o no contemporánea del hecho causante de la lesión, veamos qué requisitos debe reunir esa atención para ser considerada tal:

1.º *Necesidad*, en el sentido de considerar que no puede valorarse como asistencia la prestada sin que lo requiera la objetiva dolencia. En efecto, la calificación de los hechos no puede quedar el arbitrio del afán simulatorio o la mera hipocondría del supuesto lesionado. El tema es fácilmente soluble con los principios de prueba y el imperio de la verdad material en el proceso penal: si requerida la asistencia médica, ésta descubre que no existe lesión alguna, estaremos a lo más ante un caso de malos tratos que no causaron lesión, si quedare excluido el supuesto de simulación. Y si se trata de una lesión mínima que no exige una atención médica, la calificación de falta del apartado 1 del artículo 582 no se ve alterada por el hecho de haberse prestado una asistencia que se descubra como no precisa, ya que esa lesión existe y es esencialmente falta, exigiera o no una primera asistencia o se reduzca ésta a constatar o diagnosticar la existencia del resultado, pero sin realizar acto médico curativo o paliativo, por no ser precisa tal prestación.

2.º La *titularidad* del que presta la asistencia. Es de notar que el texto legal habla, tanto en el artículo 420 como en el 582 de «asistencia facultativa», lo que algunos interpretan como asistencia prestada por alguien en posesión del título de Licenciado en Medicina. Sin embargo, para estimar la existencia de una primera asistencia, los Fiscales deben tomar en consideración no solamente los actos propios de un médico sino también los de otros titulados menores, como Practicantes o ATS, que deben incluirse entre los constitutivos de asistencia facultativa, cuando por la urgencia del caso o la falta de médico titulado la asistencia fuera prestada por uno de tales técnicos. Posición esta que no sólo es congruente con la conformidad de las valoraciones a la verdad material -si la asistencia es necesaria debe ser indiferente quien la preste- sino también con la realidad sociológica que nos muestra cómo ciertos puestos asistenciales -Casas de Socorro, puestos de la Cruz Roja, etc.- están frecuentemente atendidos por técnicos de grado medio. Si, como decíamos antes, la negativa a la asistencia necesaria no debe excluir su estimación, con mayor razón deben tomarse en cuenta las asistencias curativas prestadas por personal no médico, cuando fueran necesarias o aconsejables.

3.º El *carácter único o múltiple de la asistencia*. La cuestión de cómo valorar los supuestos en que en la atención primaria se dan una multiplicación de actos médicos -ya por la intervención multidisciplinar de varios facultativos, ya por requerirlo la distinta naturaleza de las lesiones, ya por solicitarse medios de diagnóstico auxiliares, como radiografías o análisis, que deben practicarse por otros titulados- debe resolverse partiendo del principio de que no puede confundirse primera asistencia con única asistencia, por lo que ha de darse cabida en la primera asistencia a los supuestos en que la atención primaria es prestada conjuntamente por varios facultativos que colaboran entre sí, e incluso sin tal colaboración, cuando el lesionado, no conforme con la primera asistencia recibida, busque otro facultativo para que la revise o la reitere.

En todos los casos expuestos, el dictamen pericial médico debe ser un valioso medio auxiliar para la recta calificación jurídica de los hechos.

b) *Tratamiento médico o quirúrgico*. La exigencia de un tratamiento médico o quirúrgico de la lesión es el verdadero elemento diferencial entre delito y falta, razón que da especial trascendencia a la delimitación precisa y con criterio unitario de tales conceptos.

a') Respecto a qué debe entenderse por *tratamiento médico*, obsérvanse en la práctica dos posiciones: una que tiende a restringir el concepto, llevando al de asistencia y excluyendo del de *tratamiento* una serie de actos médicos o atenciones al lesionado, que se interpretan como secundarias o anexas a aquélla; y otra que interpreta extensivamente el concepto de tratamiento, incluyendo en él cualquier atención que exceda de la *primera asistencia* y aun que forme parte de ésta, pero con carácter múltiple o de prescripción a cumplimentar tras ella. La cuestión parece debe ser resuelta por la interpretación del artículo 420 que para diferenciar la primera asistencia y el tratamiento médico, utiliza el término *además*, señalando así que el tratamiento médico es un «plus» a agregar a la primera asistencia, de forma que todos los actos médicos, aun curativos, fijados o practicados en dicha primera asistencia, forman parte de ella y no constituyen un tratamiento médico diferenciado.

Para fijar los límites precisos del concepto de *tratamiento médico* habrán de partir los Fiscales de los siguientes presupuestos:

1.º Que sea *distinto y ulterior* a la primera asistencia.

2.º Su *necesidad*. El artículo 420, al referirse a la relación entre lesión y tratamiento, exige que aquélla requiera de éste. El artículo 582 utiliza a su vez el término *precisare*. Uno y otro hacen referencia a una relación de necesidad: que la lesión necesite para su curación de un tratamiento. Luego hemos de reiterar aquí lo dicho respecto a la asistencia: ha de ser exigible que la recuperación del equilibrio psicosomático en que consiste la salud sea tributaria de aquel tratamiento. Lo que hace incluir en el tratamiento médico toda actuación con finalidad curativa, no sólo la puramente medicamentosa (administración de medicamentos por cualquier vía: oral, anal, parenteral o tópica), como la imposición de una conducta que tienda a la recuperación de la salud o el normal equilibrio sicofísico de la persona (inmovilización, reposo, cura de sueño, rehabilitación) o prescripciones dietéticas curativas -pero no las higiénicas o estéticas- (régimen, dieta, etc.). Quedarían excluidos, en cambio, los actos médicos destinados a vigilar o comprobar el éxito o adecuación de la primera asistencia o complementar ésta (como la retirada de vendajes, el examen para comprobar la sanidad de lesiones o heridas que se pensó curarían de propia intención o con la primera cura, la retirada de los puntos de sutura de la herida cicatrizada, etc.) ya que no tienen finalidad curativa ni agregan nada a la sanidad de la lesión iniciada en la primera asistencia. Conforme al criterio ya sentado respecto a dicha primera asistencia, este requisito de necesidad ha de interpretarse en su sentido real de que la lesión hubiere precisado de tratamiento médico en una recta aplicación de la «*lex artis*» o las reglas de la medicina, aunque por las circunstancias del caso tal tratamiento no se hubiere llegado a prestar, debiendo en todos los casos interpretarse la prueba pericial médica según las reglas de la sana crítica.

3.º Su *finalidad curativa*, lo que excluye las atenciones meramente preventivas, como las vacunas, aunque se administren en actos fraccionados y sucesivos que excedan temporalmente de la primera asistencia. En cuanto a la administración de antibióticos habrá que distinguir su finalidad: si es meramente de prevención de una eventual infección, que no existe pero se teme, no debe considerarse tratamiento, si se pretende atajar una infección incipiente, y más aún si aquélla está desarrollada, si es tratamiento, pues pretende evitar las consecuencias de un real ataque a la salud.

4.º En principio, su *prescripción por un titulado en Medicina*, ya que el texto legal expresamente habla del tratamiento médico. Sin embargo hemos dicho, en principio, por cuanto y como se subrayó antes, de conformidad con la verdad material y en evitación de rupturas del principio de igualdad, cuando a través de un informe pericial se llegue a la conclusión de que las lesiones para curar precisaban de un tratamiento médico; o el prestado por un titulado intermedio sería el mismo que señalaría el médico, o este último delegó en un auxiliar clínico la prestación de los actos de tratamiento, debe calificarse el hecho como delito, por cuanto la lesión requería de tal tratamiento.

b') El de *tratamiento quirúrgico* es un concepto que debe ofrecer menos dudas al intérprete, debiendo a lo más limitarnos a precisar que en el concepto entra cualquier acto quirúrgico, sea de cirugía mayor o menor, incluso la prestada por un titulado de grado medio. Más discutible es la inclusión en tal concepto de las extracciones dentarias, ya que médicamente no se consideran como actos de cirugía máxilo-facial. En cuanto a las pequeñas curas instrumentales, como puede ser la limpieza de heridas y las suturas, no deben considerarse tratamiento quirúrgico, conforme a los criterios antes fijados, pues tales actos formarían parte de la primera asistencia y por sí solos, de no requerir ulterior tratamiento, no determinarían la calificación de las lesiones como delictivas.

Para terminar, parece oportuno destacar, como criterio resolutorio de los casos dudosos de distinción entre delito y falta en base a la existencia de tratamiento médico-quirúrgico, el principio «pro reo». Tal duda se presentará sólo ante lesiones de pequeña entidad, por lo que si con los criterios de interpretación adecuados no se llega a la conclusión de que fue necesario para la sanidad de la lesión un tratamiento o de que las atenciones prestadas constituyen tal tratamiento, deberá calificarse la lesión conforme al artículo 582 del CP, sin que por ello sufra el sistema legal, ya que el ataque al bien jurídico protegido fue mínimo, como queda apuntado.

c') Pero con fijar el concepto de tratamiento médico-quirúrgico no hemos resuelto en su integridad la cuestión de la diferencia entre el delito y la falta, toda vez que en el artículo 582 se contempla como una excepción a la consideración de falta de las lesiones no necesitadas de tratamiento, el hecho de que se trate de alguna de las lesiones del artículo 421, las que, en principio, habrá que considerar en consecuencia siempre como delito.

Pero esos términos del artículo 582 aunque parecen claros, mejor examinados no lo son tanto, ya que la concordancia de los artículos 582, 420 y 421 no ha quedado debidamente perfilada por el legislador. En efecto, el artículo 421 contempla tres modalidades de subtipos agravados de «las lesiones del artículo anterior», lo que quiere decir que han de ser de aquellas que reúnan las condiciones básicas del artículo 420, cuales son requerir para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, ulterior tratamiento médico-quirúrgico; por su parte, el 582 exige como elemento típico de las lesiones en él previstas, en congruencia inicial con el 420, que aquéllas no precisen de tal tratamiento médico o quirúrgico. ¿Qué ocurre entonces con las lesiones en que concurren alguno de los elementos especializantes del artículo 421, pero que no precisen para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico? En principio no serán punibles conforme al artículo 582, por cuanto éste las excluye de su precepto o previsión típica, y tampoco lo serán conforme al 421, por no ser lesiones que reúnan los requisitos del artículo 420, con lo que se da una aparente laguna que dejaría impunes tales lesiones, pese a tratarse de supuestos cuyo mayor contenido de desvalor ha sido especialmente tenido en cuenta en la Ley para darles un tratamiento punitivo más severo. Pero como no puede entenderse que el legislador quisiera conscientemente esa laguna y tal resultado de impunidad, habrá que interpretar que las lesiones consistentes en alguno de los resultados del número 2.º del artículo 421 o en el que concurre alguna de las modalidades comisivas de los números 1.º y 2.º del artículo, serán siempre constitutivas de delito, requieran o no tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad.

Aunque la cuestión puede parecer bizantina, por cuanto se ha dicho que el uso de medios peligrosos al causar la lesión o la existencia de resultados tan graves como los previstos en dicho artículo 421, difícilmente serán concebibles sin que se haga preciso un tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de las lesiones así causadas, no es infrecuente la existencia de lesiones productoras de deformidad (por ejemplo la pérdida de los incisivos o la

pérdida de sustancia del lóbulo de una oreja) y que sin embargo sanen sin necesidad de una asistencia específica o sólo en la cura de la primera asistencia. Igual cabe decir del uso de un instrumento peligroso que por deficiencia en el golpe cause una lesión mínima o el empleo de técnicas de tortura que dejan sólo ligeras huellas (así, el uso de electrodos o pinzamientos en zonas sensibles, los golpes bajo ducha para no producir hematomas, etc.). Por ello, y en tanto el problema no sea resuelto por la Jurisprudencia, los Fiscales habrán de calificar tales lesiones como constitutivas de delito, y además, del delito agravado del correspondiente número del artículo 421.

C) Los distintos tipos de lesiones constitutivas de delito

Aunque de menor entidad, toda vez que existe ya una Jurisprudencia consolidada y que es trasladable a un buen número de los supuestos constitutivos de los varios resultados contemplados en los diversos preceptos introducidos en la Reforma, las nuevas tipicidades no dejan de plantear cuestiones a esclarecer y en las que conviene sentar un criterio unitario de aplicación de la norma:

a) *El tipo base de las lesiones*

Lo constituye la figura descrita en el artículo 420 que pena las lesiones genéricas, en que no concurren ninguno de los elementos especializantes de los otros preceptos del capítulo. Respecto a ellas el problema fundamental, que es el de la distinción con la falta de lesiones y los conceptos de primera asistencia y tratamiento médico-quirúrgico, ha sido ya precedentemente tratados.

a') Pero aun así quedan aspectos secundarios a elucidar, como el de su carácter de delito con medios abiertos -«por cualquier medio o procedimiento» dice el texto legal-, que hace punible las lesiones producidas tanto por comisión propia, como por comisión por omisión -en la simple omisión difícilmente es concebible la causación de un resultado lesivo-; tanto con medios materiales como morales; tanto violentos como astutos -así, la antigua fórmula de «suministrar sustancias o bebidas nocivas o abusar de su credulidad y flaqueza de espíritu»-. Únicamente quedan excluidos, por razones de especialidad, los medios susceptibles de causar graves daños expresamente enumerados en el número 2.º del artículo 421.

Aquel carácter de medios abiertos de las lesiones puede plantear problemas de concurso de normas con otros preceptos del Código, problemas que deben resolverse conforme a los criterios que son aplicables a ese tipo de conflictos. Así el artículo 348 bis contempla una forma específica de transmisión de enfermedad contagiosa, esto es, de causación de lesiones constituidas por una enfermedad somática o psíquica que al producirse maliciosamente y de ser grave, pudiera subsumirse no sólo en el artículo 420 sino incluso en el artículo 418. Pues bien, aparte de algunos elementos especializantes artículo 348 bis, como el carácter plural de los afectados insito a la condición de propagación de la enfermedad requerida por el tipo, los posibles conflictos habrán de resolverse aplicando en principio el precepto especial, esto es, el 348 bis, salvo que la causación de la enfermedad, por la naturaleza de ésta, dé lugar a un supuesto de lesiones castigado con pena más grave, en cuyo caso debe entrar en juego el último inciso del citado precepto.

b') En cuanto al tipo subjetivo aparece presidido por el dolo, pero con predominio del dolo indeterminado, en cuanto es suficiente un resultado de lesiones que exijan, además de la primera asistencia, un tratamiento médico o quirúrgico para que la hipótesis típica quede satisfecha, independientemente de la entidad mayor o menor de tales lesiones. En este sentido la figura continúa siendo determinada por el resultado, si bien éste y la necesidad del tratamiento médico que convierte en delito tal resultado han de ser abarcados por el dolo del autor, al menos con carácter probabilístico o de producción posible. En todo caso las desviaciones del resultado, respecto a la voluntad o finalidad de la acción del sujeto activo, deben encontrar su solución en la aplicación del párrafo segundo de este artículo 420, que permite acomodar la pena a la real culpabilidad del autor, conforme al principio de que «la culpabilidad debe ser la medida de la pena».

c') Lo últimamente dicho nos lleva a la determinación de los criterios de valoración que han de utilizarse para la aplicación de la forma atenuada prevista en aquel párrafo segundo.

Es claro que nos encontramos ante la concesión de un arbitrio, del que también puede (y debe, cuando el caso lo exija) hacer uso el Fiscal, aunque con este uso pueda condicionarse la actuación y decisiones del Tribunal dadas las limitaciones del principio acusatorio, pero sin que ese riesgo deba inhibir a los Fiscales de asumir, con prudencia pero sin concesiones, esa responsabilidad.

Aunque en el precepto la remisión a la naturaleza de la lesión, como criterio valorativo de la gravedad de la pena, es clara, han surgido dudas sobre a qué se remite el pronombre «aquél» que es referencia de las «circunstancias» que también deben tenerse en cuenta para la aplicación de la pena atenuada, ya que se ha dicho que en efecto, igual puede designar el «medio o procedimiento empleado» -criterio objetivo de la peligrosidad de la acción o revelador del propósito más o menos agresivo del autor- o referirse a este último, esto es, al sujeto de la acción -criterio subjetivo-. Ciertamente, por su ubicación en la oración del último párrafo, el pronombre aquél hace referencia al sujeto de esa oración, esto es, al «hecho descrito en el párrafo anterior», pero las circunstancias de ese hecho son tanto las objetivas -modalidades de la acción- como las subjetivas -características del autor y su culpabilidad- con lo que la duda planteada no sólo no tiene el apoyo gramatical que se pretende sino que carece de trascendencia real.

En todo caso, el uso de esa facultad de arbitrio encierra siempre una responsabilidad valorativa y puede engendrar posiciones dispares en los distintos órganos o agentes del Ministerio público. Para huir de ese riesgo, ciertas Fiscalías han intentado plantear una graduación punitiva con criterios objetivos, relacionando los resultados con las antiguas tipificaciones, volviendo a recaer así en el repudiado criterio resultativo propio del sistema derogado y que se viene a mantener por esta vía. Obvio es decir que, pese a su comodidad, ese último criterio que únicamente valora la naturaleza de la lesión, y aun ésta, en función de la duración de la sanidad, sólo cumple a medias la finalidad del párrafo 2.º del artículo 420 y corre el riesgo de desnaturalizar la Reforma, por lo que debe ser rechazado y sustituido por la valoración caso por caso, por más dificultosa que sea, pero adecuada en cambio a los principios de individualización de la pena.

b) *Los tipos agravados de lesiones con dolo directo o reduplicado*

a') Con respecto al *contenido de culpabilidad* de los tipos de lesiones previstas en los artículos 418 y 419, existe conformidad doctrinal en que la expresión «de propósito» integra un elemento subjetivo del tipo, que tan sólo permite subsumir en el mismo aquellos resultados que hayan sido producidos por dolo directo, esto es, que no sólo estén abarcados por el elemento cognoscitivo del dolo, sino también por su elemento volitivo o la finalidad del autor. La consecuencia es que quedan descartados tanto la comisión culposa, como el dolo indeterminado o eventual.

La anterior afirmación no se contradice con el hecho de que en el artículo 565 párrafo 2.º, se incluya una referencia a *los resultados* previstos en los artículos 418 y 419, pues, como diremos al analizar dicho párrafo, se trata de una remisión a los resultados y no a la integridad del tipo, remisión que no autoriza a considerar que el tipo de los artículos 418 y 419 pueda quedar satisfecho con una culpabilidad imprudente.

b') En cuanto al significado de los resultados típicos comprendidos en los artículos 418 y 419, es evidente que en gran parte se trata de conceptos normativos cuyo alcance había sido fijado ya por la Jurisprudencia anterior a la Reforma, lo que facilita la labor del intérprete. Sin embargo, no dejan de presentarse nuevos problemas, que habrá que esclarecer:

a'') *Mutilar* es el acto de cercenar o arrancar una parte del cuerpo humano; mientras la *inutilización* es la privación de la funcionalidad del órgano o miembro lesionado que se conserva. La equiparación en el tipo de ambos resultados recoge la tendencia jurisprudencial a considerar como *pérdida* de un miembro la

inutilización del mismo para su función: así la parálisis, anquilosis, acortamiento o inutilidad de un miembro se ha venido considerando como pérdida de tal miembro.

En cuanto al carácter principal del miembro u órgano mutilado o inutilizado, es nuevamente un concepto normativo ya muy trabajado por la jurisprudencia, que ha comprendido tanto los miembros corporales externos como los órganos esenciales internos, equiparando su pérdida a su inutilización, como ahora hace el artículo 418. En este sentido las numerosas declaraciones jurisprudenciales al respecto deben servir de gran ayuda para la calificación como principal o no del miembro u órgano concreto que se trata.

El precepto ya no mencionada especialmente la *castración y la esterilización*, pese a lo que esos conceptos no son más que especies de los términos genéricos de mutilación e inutilización, respectivamente, en los que en principio debieran entenderse comprendidos. Pero así como respecto a la castración la inclusión de la misma en ese artículo 418 por vía de la mutilación no ofrece dudas, la *esterilización*, al citarse expresamente entre los resultados del artículo 419, ya no puede equipararse a la inutilización del órgano genésico -con lo que quedaría subsumida en el art. 418 por vía de asimilación- sino que, por imperativo del principio de especialidad, debe tipificarse dentro del precepto que expresamente la incluye en su hipótesis de hecho, esto es, en el artículo 419.

Conviene, sin embargo, recordar que la Jurisprudencia ha venido equiparando la pérdida unilateral de un órgano genésico (un testículo, un ovario) a la pérdida de un miembro principal, con lo que, por tal vía equiparativa, esos resultados concretos de semi-castración serán subsumibles igualmente en el artículo 418.

b") La privación de *la vista o del oído* debe interpretarse, conforme a la jurisprudencia tradicional, no sólo como pérdida total, sino también la disminución notoria de la capacidad visual o auditiva, así como, en los supuestos de pérdida de sólo uno de los órganos bilaterales -un ojo, un oído- debe estimarse ese resultado como privación de la vista o del oído cuando ello implique privación total y definitiva del sentido -por carecerse previamente de función en el otro órgano gemelo-. En otro caso, debe considerarse pérdida de un órgano principal, con lo que paradójicamente se llega a la misma calificación, esto es, a la subsunción en el artículo 418, lo que encuentra un fundamento histórico en la antigua equiparación de la pérdida de un ojo o la de un órgano principal, que hacía el artículo 420 número 2.º derogado.

c") Especial preocupación debe despertar la cualificación de *gravedad* que debe reunir la enfermedad somática o psíquica para entrar en el tipo del artículo 418, pues se trata de un concepto «standard», que ni puede ser una puerta abierta a la discrecionalidad del Fiscal o del Tribunal ni tampoco una cualificación de apreciación discrecional del médico. Los Fiscales deberán valorar, a través del correspondiente dictamen pericial, las circunstancias de la enfermedad, su duración, el riesgo para la vida del enfermo que represente, las posibilidades de cronicidad y, en fin, cuanto en el concepto cultural social determina la consideración como grave de una enfermedad.

En este terreno se plantearán cuestiones en torno a la diferencia entre *enfermedad psíquica grave e incapacidad mental incurable*. Así como la enfermedad somática grave debiera ser, en principio, aquella que crea un riesgo cierto para la vida (aunque el concepto es ampliable, como quedó apuntado a otras enfermedades severas) la enfermedad psíquica grave debe ser aquella que cree el riesgo de provocar una psicosis profunda o dar lugar a una incapacidad mental notoria. De otra parte, aunque difícilmente puede concebirse una enfermedad incurable que no pueda calificarse de grave, no lo es menos que excepcionalmente puede existir una perturbación menor de la salud incurable o crónica que no merezca aquella calificación. A este respecto se ha señalado una contradicción entre la enfermedad psíquica grave y la incapacidad mental incurable, contradicción sólo aparente, pues es posible una enfermedad psíquica grave que sólo produzca incapacidad transitoria por ser curable y una incapacidad mental incurable que no ser grave, e incluso que no provenga de una enfermedad deliberadamente causada sino de un traumatismo que no buscaba aquel resultado, en cuyo caso habrá que estar al tipo del artículo 421. Al respecto es de tener en cuenta que la graduación de la incapacidad,

permitida por el artículo 210 del CC, puede dar lugar a declaraciones de incapacidad menores, que no estén originadas por una enfermedad psíquica grave sino leve, pero que sean permanentes por ser incurable la causa de la incapacitación.

En cuanto a la distinción entre enfermedad somática y psíquica, es cuestión no esencialmente médica (incluso dentro de la medicina se discute si la enfermedad psíquica tiene o no siempre una base somática), sino a determinar por el intérprete conforme a las normas de la experiencia social y al acervo cultural popular. Ahora bien, dado el carácter de medios abiertos de las lesiones, entrarán en ellas toda alteración del equilibrio psíquico causado por una agresión sea ésta física, sea sexual (así la depresión o neurosis provocada por una violación), sea moral (como los trastornos psíquicos causados por malos tratos o violencias morales).

d") En cuanto a la *grave limitación de la capacidad laboral*, lo que plantea es si se trata de la capacidad para el trabajo habitual -concepto tradicional del antiguo 420- o si debe extenderse a la pérdida de la aptitud para todo trabajo, tanto el profesional como cualquier otro alternativo que pudiera emprender el lesionado. Aunque pudiera mantenerse una interpretación estricta, reducida a la actividad laboral a que viniera dedicándose el lesionado para la que se hallaba especialmente habilitado, en base al uso del posesivo «su» en el texto del artículo 418, lo que parece excluir el sentido genérico de la incapacidad laboral, sin embargo, y así deben entenderlo los Fiscales, por el principio de igualdad la interpretación de «aptitud laboral» no puede reducirse a la actividad que desempeñaba la víctima al tiempo de sufrir las lesiones -piénsese en jóvenes que no tuvieron aún oportunidad de acceder al mercado de trabajo o en parados-, sino que debe extenderse también a otra alternativa actividad futura, sea o no por cuenta ajena y sea o no la habitual del sujeto. Si la incapacidad mental es un resultado típico del 418, la incapacidad física debe serlo igualmente, con igual o mayor razón, aunque sólo se trate de una incapacidad física o psíquica laboral.

De otra parte, los conceptos y jurisprudencia del orden social en relación a la incapacidad laboral permanente, total o parcial, pueden servir de guía a los Fiscales en este terreno.

e") Otro punto a destacar es la problemática que plantea hoy la *impotencia* como resultado de una lesión. Aunque a veces puede resultar la impotencia de la mutilación o inutilización de los órganos genitales, conviene recordar que el 421 separa expresamente los resultados de esterilidad de la impotencia.

Conviene aquí recordar la tradicional distinción entre «impotencia coeundi» o incapacidad para realizar el acto sexual, que es la impotencia en sentido estricto, y la esterilidad, que es la impotencia «generandi», es decir, imposibilidad de provocar la reproducción como consecuencia del acto sexual. En todo caso la impotencia, sea física o psíquica y no debida a la ablación o pérdida de los genitales (lo que sería castración) constituye una enfermedad somática o psíquica (según sea el origen de la impotencia) que, precisamente por afectar a tan esencial función, ha de estimarse como grave y que -de ser causada de propósito- debe subsumirse en el artículo 418. Sólo si se causa eventualmente como consecuencia de una lesión producida con dolo genérico o indeterminado entrará en el subtipo agravado del artículo 421, número 2.º

f") Por último cabe plantearse si el concepto de *deformidad* deber ser el que hasta ahora se ha venido manteniendo por la «praxis» judicial. Lo que mueve a ese planteamiento se encuentra en la razón de que la elevación de la pena en el artículo 419 quizá obligue a una revisión del anterior carácter extensivo del concepto, ya que supuestos actualmente considerados como deformidad, cuales son la cicatriz en el tercio medio del brazo o la pérdida de una pieza dentaria, no pueden ser equiparables a los restantes supuestos del artículo 419 a efectos de merecer la sanción punitiva en él prevista. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada tras la Reforma, no parece inclinarse por tal vía. En efecto, la reciente Sentencia de 23 de enero de este año ha sentado que «el concepto de deformidad» es un «Standard» en expansión, pues va concediéndose cada vez más importancia a determinados cánones de belleza corporal, indicativos, a su vez, de salud y bienestar, que alcanzan a las relaciones sociales y

aún profesionales, en la que se reputa como mérito, al menos inicial, la buena presencia de la persona, cánones o criterios que ya no se confinan al llamado «Bello sexo», ni a la edad juvenil, sino que se procura extenderlos a cuantas personas se mueven en el actual mundo de relaciones cada vez más extensas, tanto en el ámbito nacional como internacional. La última reforma del Código Penal, por Ley de 21 de junio de 1989 culminando esta progresión del concepto, se refiere por dos veces, en el delito de lesiones, a la deformidad: la causada a propósito (art. 419) la más grave, pero no contemplada anteriormente, lo que viene a colmar una laguna legal. Y la que sea resultado de las lesiones (art. 421)».

«Por lo demás -continúa diciendo la Sentencia- siguen siendo válidos en el texto vigente al ocurrir los hechos que se enjuician, como en el reformado, los dos criterios en que la doctrina asentó con firmeza el concepto de deformidad, la permanencia y la visibilidad, bien entendido, que la primera no queda afectada por la posibilidad de eliminar la parte deforme, por métodos quirúrgicos o de otra índole, en actividad posterior a la curación o alta del enfermo, aun cuando dichos medios hayan alcanzado actualmente una alta cualificación en todas las ramas de restauración de la figura o bien parecido de la persona (trasplantes, ortodoncia, etc.), pues, no obstante el perfeccionamiento de dichas técnicas, las mismas pueden conllevar un cierto riesgo para el paciente o, simplemente, no ser aceptadas por el mismo, en atención a consideraciones que sólo competen a su esfera personal. Y, en cuanto a la visibilidad, ya se ha dicho que nuestro Código Penal no exige que la misma se reduzca al rostro, sino que se extiende a toda la periferia del cuerpo, de modo que las huellas o cicatrices de las lesiones, secuela permanente de las mismas, es indiferente que puedan taparse con la ropa o usando otros medios artificiales (pelucas, dientes postizos, etc.). En ambos sentidos, consustanciales a la deformidad, se viene produciendo la jurisprudencia, con más uniformidad respecto al segundo que en cuanto al primero, si bien éste ha acabado por imponerse también en la dirección apuntada. (SS. 16-5-1908, 17-6-1915, 2-12-1927, 22-10-1952, 20-3-1957, 9-12-1971, 28-6-1983, 21-1-1985, 23-4-1986, 18-11-1986, 4-7-1987, 26-1-1988, 27-9-1988, 10-3-1989 y otras)» (Sr. Díaz Palos).

Como vemos, se mantienen los criterios tradicionales definidores de la deformidad, incluido el que ésta no deja de serlo porque sea subsanable con la aplicación de las modernas técnicas reparadoras. De otra parte, requiriéndose en el artículo 419 que el sujeto activo cause de propósito la deformidad, tampoco parece incongruente la pena allí señalada con el desvalor de la acción de quien deliberadamente pretende deformar -«marcar»- a su víctima. Otra cosa es la agravación del número 2.º del artículo 421, que no sólo impide aplicar el 2.º párrafo atenuatorio del artículo 420, sino que impone la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo, superior a la señalada en la legislación derogada a las lesiones con deformidad, fueran causadas con dolo de propósito o con dolo eventual. Aquí si que tal vez se hagan precisas interpretaciones correctoras, para los supuestos de producción con dolo indeterminado de lesiones leves que vayan acompañadas de resultados deformantes de mínima entidad (pérdida de incisivos, p. ej.). Llamamos la atención de los Fiscales sobre el hecho de que este es uno de los terrenos en que debe jugar, en la legislación actual, la atenuante de preterintencionalidad, que para algo dejó vigente el legislador tras la Reforma de 1983, pues tratándose de supuestos de preterintencionalidad homogénea y la aplicación de la circunstancia 4.º del artículo 9.º, incluso como muy calificada, resuelve esos problemas con mayor equidad que el importado criterio germánico del concurso. Únicamente si la deformidad se produce por caso fortuito, debe dejar de estimarse como resultado cualificante por imperativo del párrafo 2.º del artículo 1.º, del Código Penal y del principio de culpabilidad que es hoy rector de la responsabilidad en nuestro Código.

g") En relación con estos delitos de dolo reduplicado, se plantea el problema de si cabe la frustración o, de no alcanzarse el resultado pretendido, se aplicará el artículo 421.2.º (cuando se dé un resultado de los previstos en este segundo precepto pero que no sea el querido por la acción, como exigen los artículos 418 ó 419). La cuestión en principio, parece clara por cuanto, de conocerse el propósito del autor, podrá determinarse la congruencia entre ese propósito y el resultado: de existir una desviación, habrá que aplicar los principios del «*iter criminis*» y castigar el hecho como frustrado. Sólo en la frustración del 419, con resultados del 421, número 2.º, podría resultar más grave la penalidad específica de este artículo -

prisión menor en grado medio o máximo- que la de la frustración -prisión menor en toda su extensión-, pero la cuestión debiera poder resolverse con la aplicación del principio de consunción o, a lo más, con la del artículo 68. Lo que no sería admisible es el construir un concurso delictivo entre el artículo 419, frustrado y el 421, número 2.º, consumado, pues ello contravendría el principio de consunción según el que, en estos casos, el delito más grave consume los resultados menos graves producidos para ejecutarlo (así como el homicidio frustrado consume las lesiones producidas en la frustración, la mutilación frustrada debe consumir las lesiones producidas en el intento, aunque causen, por ejemplo, una deformidad que no entraba en la directa finalidad de la acción).

c) Los subtipos agravados del artículo 421

El artículo 421 carece de conducta básica propia, pues se remite a la del artículo 420, respecto a la que especializa tres supuestos agravatorios, que contienen otros tantos subtipos agravados, cada uno de los cuales plantea problemas específicos:

a') Con respecto al número 1.º, comienza ya por surgir una duda gramatical, cual es si la expresión «susceptibles de causar daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción», va referida sólo a «formas» o también a «armas, instrumentos, objetos, medios o métodos». Parece que la interpretación no es tan difícil, pues ora uno ora otro referente puede ser utilizado tanto para inferir la susceptibilidad del riesgo, como para revelar la brutalidad de la acción. Y aunque tal vez la concordancia en el uso del femenino pueda obligar a ligar «reveladoras» con «formas», en la forma de la acción entra también los métodos, medios e instrumentos usados en el delito.

Pero el verdadero problema que plantea este párrafo es el de si los medios o instrumentos, etc., susceptibles de causar graves daños en él previstos, pueden ser identificados con los «instrumentos peligrosos» del último párrafo del artículo 501, lo que permitiría utilizar aquí la jurisprudencia ya consolidada en torno al segundo de dichos preceptos. Aunque en ambos supuestos late como «ratio legis» la idea de aumento del riesgo, en este artículo el riesgo aparece cualificado respecto al del artículo 501, ya que en éste basta la existencia del peligro ínsito al medio, mientras que en el 420.1.º el riesgo ha de ser grave y para la integridad del lesionado y no precisamente para la vida, interpretación esta última que hay que rechazar pues podría conducir a que se acabare castigando como lesiones agravadas lo que serían homicidios frustrados: es evidente que, si del uso de un medio susceptible de causar un grave daños se puede inferir el «animus necandi», la calificación de homicidio frustrado o intentado es obligada.

En cuanto al sentido de «acusada brutalidad», debe referirse a toda acción agresiva desproporcionada con el estímulo que la desencadena y demostrativa de menosprecio por la sensibilidad de la víctima y de crueldad y salvajismo en el autor. Aunque puede tener un componente sádico, también puede revelar insensibilidad o incivildad en el sujeto activo y, en tal sentido, absorbería a la agravante de ensañamiento. En el fondo se trata de una agravación que toma en cuenta la «culpabilidad por el carácter» y en consecuencia el mayor grado de culpabilidad personal del agente, con todo lo que ello encierra de «antijuridicidad subjetiva», concepto hoy repudiado por la doctrina. Sin embargo, en cuanto esa «culpabilidad de carácter» se pena en orden a haberse traducido en un concreto comportamiento objetivo, no parece que queden en este caso justificados los recelos que la fórmula despierta, máxime cuando es también utilizada por otros Códigos Penales democráticos, como es el sueco.

b') En cuanto al número 2.º, ya se han analizado los problemas que plantean sus resultados típicos en relación con los de los artículos 418 y 419.

Especial atención merece el contenido de culpabilidad y su relación con la preterintencionalidad (que en este caso es, como ya se dijo, claramente homogénea). Como quiera que la mayoría de los resultados previstos como típicos en el artículo 421, número 2.º, de ser causados con dolo de propósito, caerían en los tipos de los artículos 418 y 419, habrá que concluir que aquí se trata de supuestos en que prima el dolo indeterminado. Con ello se vuelve en este subtipo al sistema tradicional de la responsabilidad determinada por el resultado, lo que debe conducir a la afirmación de que en el plano teórico la preterintencionalidad es aquí aplicable, aunque ello

plantee la cuestión de diferenciar los supuestos en que la naturaleza de la lesión y las circunstancias del hecho permiten usar la atenuación del párrafo 2.º del artículo 420 (que serían aquéllos en que no se produjera uno de los resultados típicos de este número y se apreciase una menor gravedad del hecho o de la culpabilidad de su autor), de aquellos otros en que la atenuación deriva de la distancia o discordancia entre la intención del agente y el resultado producido cuando ese resultado es uno de los del artículo 421.2. Como orientación podríamos decir que en los casos en que eventualmente se asuman los resultados como probables, debe ser aplicado en su integridad este precepto, en virtud de concurrir dolo eventual; mientras que si aquéllos, posibles pero no probables, ocurren por falta de precaución o exceso en la ejecución de la acción base dolosa, estaremos ante un caso de preterintencionalidad homogénea, complejo de dolo y culpa, con lo que el principio de culpabilidad del artículo 1.º, párrafo 2.º, no se vulnera; y si los resultados son imprevisibles, estaremos ante un caso fortuito en los resultados excesivos, debiendo pensarse el hecho tan sólo por el artículo 420, sin tener en cuenta para la calificación del hecho tales resultados excesivos no imputable al agente desde el punto de vista de la culpabilidad. Aunque en el segundo supuesto, de lesión básica dolosa con un resultado excesivo imprudente, podría plantearse la concurrencia de un concurso delictivo (delito doloso frustrado -delito imprudente consumado), la solución más acorde con la técnica actual del Código y la que mejor permite acomodar la penalidad al caso concreto, es la de aplicar la atenuante 4.º del artículo 9, ya como simple ya como muy calificada, según el grado de intensidad de la discrepancia entre la conducta base y el resultado finalmente producido.

c') En cuanto al número 3.º, el término «tortura» ofrece gran perplejidad a la doctrina, discrepando quienes entienden ha de interpretarse en un sentido técnico, de acuerdo con las definiciones de la Declaración de las Naciones Unidas, como acto de sufrimiento físico o mental impuesto por un oficial o funcionario público; y quienes consideran que debe tomarse en un sentido literal y vulgar de «tormento» o producción de dolores, con afán sádico o de infligir sufrimientos, ejecutable por cualquiera. Tesis de sentido extensivo y no limitado a los funcionarios que encuentra un apoyo dentro del propio Código, en el número 4.º del artículo 501 (que indudablemente no parece estar redactado en atención únicamente a los casos en que el sujeto activo del robo fuese un funcionario).

Lo cierto es que de seguirse el primer criterio se vaciaría parte del contenido del artículo 204 bis (que, recuérdese, sólo por una vulgarización, y no por hacer referencia específica al término, se viene llamando delito de «torturas»), o se haría inaplicable al artículo 420, 3.º, ya que el 204 bis impone a las lesiones cometidas en las condiciones de su texto la pena del tipo en su grado máximo y además la de inhabilitación especial, mientras el 421, 3.º impone la pena en grado medio o máximo, esto es, castiga las lesiones con tortura con pena más benigna que el 204 bis, lo que es un argumento más en contra del carácter de delito con sujeto activo cualificado de dicho número 3.º del artículo 421.

En consecuencia los señores Fiscales deberán mantener la segunda interpretación, congruente con el 501, 4.º (insistimos en que es impensable que ese supuesto de robo se haya construido para ser cometido sólo por funcionarios y no por cualquiera, criterio éste que mantiene también la Jurisprudencia: Vid. STS 10-III-84, 4-V-84, 23-XII-88), esto es, la de que el artículo 204 bis será aplicable a los sujetos cualificados en él previstos, mientras el 421, 3.º lo será a cualquier otro supuesto no comprendido en aquel tipo especial, ya por el carácter genérico del sujeto activo, ya por la finalidad de la acción del funcionario o autoridad, que no sea la de obtener una confesión o testimonio.

d') En cuanto a los delitos de *automutilación o mutilación consentida* para eximirse de un servicio público, previstos en los artículos 422 y 423, su carácter tradicional y consagrado hace que, al no haber sido modificado su texto, no se planteen sobre ellos problemas nuevos que deban ser objeto de esta Circular, salvo el de subrayar que estas mutilaciones por su naturaleza especial quedan excluidas de los tipos de los artículos 418 y 419.

e') El *delito de participación en riña tumultuaria*. Mayor atención merece el nuevo tipo de participación en riña, castigado en el artículo 424, cuya naturaleza de tipo de mera actividad, frente al carácter de delito de resultado que era propio de la riña tumultuaria de

los derogados artículos 408 y 424, debe ser especialmente destacado. Se reproduce aquí la cuestión del concepto de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas que ya se planteaba en el artículo 421.1. En primer lugar cabe preguntarse si es posible distinguir entre medio de agresión o medio de defensa, considerando sólo como típicos los primeros. Pero se trata de una distinción sin auténtica relevancia, pues todo medio de defensa activa puede convertirse en medio de agresión y los de defensa pasiva carecen de la condición de peligrosos que exige el tipo. Igual cabe decir de la posible distinción entre medios o instrumentos, toda vez que el empleo de la disyuntiva «o» hace indiferente que se usen medios o se usen instrumentos: siendo peligrosos, ambos supuestos satisfacen la hipótesis típica.

Lo que sí debe tenerse en cuenta es que los medios o instrumentos han de tener un contenido real de capacidad de privar de la vida o de atentar a la integridad o salud de una persona, de modo que su uso agregue un «plus» de peligrosidad a la agresión («ratio legis» esta del precepto); y que por su uso ha de entenderse bien la utilización efectiva durante la riña, aunque se desconozca contra quien, bien el haber sido esgrimidos con el claro fin de utilizarlos en la reyerta. La existencia de la falta del artículo 585, número 1.º obliga a excluir los supuestos de simple porte del arma o de que ésta sea sacada en riña, pero sin ánimo de emplearla como medio de agresión.

El nuevo tipo emplea para definir la riña típica la misma expresión que el derogado artículo 408, sobre cuya definición se habrá pronunciado ya la Jurisprudencia, señalando a aquélla los tres conocidos requisitos de existencia de dos bandos compuestos de pluralidad de personas; ataque recíproco confuso y desordenado; e indeterminación de la persona causante del daño resultante para la víctima, requisitos que -salvo el último, propio sólo de un delito de resultado como el derogado, y no de uno de mera actividad, como es el nuevo- son transferibles a la definición de la riña del actual artículo 424, por lo que ni el caso de reyerta mutua entre dos personas cae dentro del tipo (el esgrimir o exhibir armas, en tal caso, constituiría la falta del artículo 585, 1.º, salvo que se hubiere producido un resultado más grave), ni cabe identificar la confusión en las agresiones o actos concretos de violencia con la indeterminación de los intervinientes, pues el primer requisito para sancionar la participación en riña es la identificación del partícipe acusado.

La figura obliga a plantear el problema de la concurrencia de un resultado lesivo como consecuencia de la riña y si, en tal caso, ese resultado debe ser valorado autónomamente y sancionado en concurso real conforme al artículo 69, o si tal resultado absorbe el precedente tipo de peligro. Al respecto hay que recordar que es propio de esta figura el que no se conozca el autor del resultado, en cuyo caso se castigarán todos los intervinientes en la riña que hubieran hecho uso de los medios o instrumentos peligrosos, tanto de un bando como del contrario, al margen de dicho resultado, respecto al que debe producirse un sobreseimiento del número 2.º del artículo 641 LECr. Por el contrario, de ser conocido el autor de dicho resultado lesivo, se producirá un concurso real entre el delito de resultado a él imputable y el de peligro atribuible a los demás partícipes de la riña que hubieren hecho uso de medios o instrumentos peligrosos, peligrosidad que quedaría en cierto modo confirmada por aquella causación de un resultado lesivo, aunque sea imputable a otro de los contendientes.

En cuanto a los que tomen parte en una riña de esas características, pero sin hacer por su parte uso de instrumentos o medios peligrosos, no deben considerarse incluidos en el tipo, pues falta en su conducta el elemento de riesgo que es «ratio legis» de la tipificación, esto es, el contenido de antijuricidad material que justifica la punición de la conducta típica. En este sentido, debe prevalecer, por razones de taxatividad y del principio «pro reo», la interpretación gramatical que pone en relación el sujeto «quienes» con el «utilizando» como complemento del verbo «riñeren».

Con respecto al supuesto de producirse en la riña un resultado lesivo cuyo autor se desconoce, se ha planteado la cuestión de si podría imputarse responsabilidad civil por la muerte o lesiones producidas por sujeto indeterminado a los reputados como autores del delito del artículo 424, contestando algunos afirmativamente, por cuanto tal resultado deriva de la situación de riña que aparece como un elemento objetivo del evento lesivo, que es por su carácter de confusión y tumulto lo que impide determinar el autor de aquél. Conclusión que estimamos rechazable toda vez que la responsabilidad civil parte de la causación del daño y en

este caso, si se castiga la riña y no al autor del homicidio o lesiones resultante de ellas, es precisamente porque se desconoce quien causó tal resultado. En estas condiciones difícilmente podrá establecerse el nexo causal, presupuesto de la responsabilidad civil y sin el que no cabe imputar ésta a una persona determinada.

f) *Los malos tratos habituales a familiares*. En cuanto al delito de violencias físicas habituales a familiares próximos previsto en el artículo 425, el núcleo de la discusión parece centrarse en el concepto de habitualidad que deben reunir tales violencias físicas para ser delito. Al respecto se observan dos posiciones: la de quienes lo interpretan en un sentido jurídico de multirreincidencia en faltas de maltratos, lo que plantearía, por cierto, la espinosa cuestión del «non bis in idem»; y la de quienes en cambio optan, con mejor acierto, por seguir un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, aplicando así la interpretación que la Jurisprudencia ha hecho del concepto en otras figuras del Código que configuran tipos de hábito, cual el artículo 542, siendo suficiente con que tales conductas reúnan las condiciones de cuantificación numérica y proximidad cronológica que se exigen a tales comportamientos para considerarlos habituales. Esta última es, como queda apuntada, la posición correcta y que deben seguir todos los Fiscales en orden a interpretar el contenido de aquel requisito de *habitualidad* de las violencias físicas, exigido en el tipo del artículo 425.

La conducta de «violencia física» habitual ha de recaer sobre uno de los sujetos pasivos designados en el tipo -cónyuge o persona a la que estuviera unido por análoga relación de afectividad, hijos sujetos a la patria potestad, pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho -situaciones todas ellas que habrán de ser valoradas conforme a las correspondientes normas civiles. Lo que quiere decir que, aunque se trata de un delito de ámbito familiar, no cabe sumar los maltratos aislados a distintos miembros de la familia, para inducir de ello la habitualidad que el tipo exige. En contrapartida, si se producen violencias habituales sobre distintos sujetos pasivos, habrá tantos delitos como sujetos habitualmente violentados, ya que en definitiva el bien jurídico protegido es la indemnidad de la persona y trátase por ello de un hecho jurídico esencialmente individual y eminentemente personal.

La significación típica de que el comportamiento es punible cualquiera que sea su finalidad plantea dos cuestiones: la primera es la de que pese a ella y por exigencias del principio de especialidad deben excluirse de su ámbito las conductas cuya finalidad determine la preferente aplicación de otros preceptos, como pueden ser los artículos 429, o 489 bis; la segunda es la de su compatibilidad con la concurrencia del uso del derecho de corrección, debiendo hacerse aplicación de la causa de justificación prevista en el número 11 del artículo 8.º si la corrección se ejerce en los términos socialmente aceptados para estos casos, ante lo dispuesto en el último párrafo de los artículos 154 y 268 del CC. Sin embargo, los excesos en la corrección devienen antijurídicos y, de ser habituales, constituirán este delito. Excesos que pueden derivarse tanto de la forma inmoderada en que es ejercida la corrección, como de la inadecuación de la supuesta corrección al comportamiento real del corregido.

Lo anterior pone de relieve lo inadecuado del uso del término «violencia física» en lugar del de «maltratos», que utiliza el artículo 582, párrafo 2.º, expresión esta última que encierra ya en sí un contenido de desvalor que subraya el carácter inadecuado y desproporcionado de las violencias ejercidas. La falta de concordancia entre los dos citados preceptos que esa disparidad engendra, plantea la posibilidad de establecer la distinción entre los respectivos contenidos de esas conductas, distinción dificultosa, pues raramente una violencia física que no constituya maltrato, sino que sea trato adecuado puede considerarse antijurídica. Pero la consecuencia más grave del empleo de la expresión «violencia física» es la de impedir la subsunción en el artículo 425 de los malos tratos morales o psíquicos habituales, que pueden llegar a ser tanto o más graves que los físicos y que resultan sin embargo, de esta forma, impunes mientras no produzcan un resultado lesivo constitutivo de lesión.

Lo que nos lleva a la cuestión polémica de que si, dada la naturaleza de tipo de mera actividad del artículo 425, ya que no exige para su perfección resultado alguno, en los supuestos en que la violencia física habitual haya causado alguna lesión que precise de tratamiento médico o quirúrgico y sea por ello constitutiva de delito, debe calificarse el caso como un concurso ideal de delitos o, por el contrario, nos encontraríamos ante un concurso de normas, resoluble

conforme al principio de consunción, esto es, estimando que el delito de resultado más grave consume a las previas violencias físicas habituales, solución esta última que parece más correcta y acorde con la técnica de aplicación de las normas, lo que obligará a que, al haberse suprimido las lesiones agravadas por la concurrencia de los parentescos que cualifican el homicidio, deba aplicarse siempre en tales casos la circunstancia mixta del artículo 11 como agravante, única forma de sancionar adecuadamente un hecho que, por la habitualidad de la conducta precedente, recibe en principio un mayor reproche legislativo, intensidad del reproche que debe reflejarse de algún modo en la pena.

Evidentemente, si las lesiones causadas por las violencias habituales fueren constitutivas de falta, el artículo 425 consumiría esos resultados que, en cierto modo, están ínsitos en el término «violencia física».

g') *La reforma del artículo 428.* En lo que hace a la nueva redacción del artículo 428 los principales problemas hacen referencia al alcance y naturaleza de la incapacidad y a las cuestiones procesales que esa autorización provoca.

Respecto a lo primero, se ha planteado la cuestión de si es suficiente la incapacidad de hecho o es necesario que tal incapacidad esté judicialmente declarada, toda vez que el artículo 428 exige la petición del representante legal, lo que hace preciso el requisito de la previa declaración civil de incapacidad. Esta ha de determinar también que la persona así declarada no pueda consentir por sí misma, debiendo recordar al respecto que la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/1985, advertía que habrá que estar al contenido de la declaración de incapacidad y a la determinación por el Juez de la extensión de la misma para precisar si la enfermedad o la deficiencia psíquica entra o no en la prohibición del artículo 428.

Los aspectos procesales de la obtención de la autorización judicial son abordados en una Consulta que será en breve resuelta por esta Fiscalía General del Estado y a cuyos términos deberán atenerse los Fiscales en su actuación.

h') *Las concordancias con otros preceptos.* Aunque el legislador ha intentado concordar la nueva tipificación de las lesiones con las remisiones que a las mismas se hacen en otros artículos del Código, a cuyo fin el artículo 15 de la LO 3/1989, reforma la redacción de una serie de ellos (arts. 57 bis, b); 139.2.; 204 bis, párrafo 2; 233, párrafo 1.; 411, párrafo último y 501, números 2.º, 3.º y 4.º, la concordancia no ha sido completa, pues en esa tarea al legislador se le han escapado otros artículos en los que subsiste en las remisiones el uso de la derogada terminología de las lesiones. Tal ocurre con los artículos 136, párrafo 2.º (lesiones graves a un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida); 137 bis, número 3 (genocidio, lesiones graves); 144, párrafo 3.º ((lesiones graves) al Jefe del Estado); 411 («cualquier otra lesión grave»), y 414, párrafo 2.º (lesiones graves a la embarazada, en el aborto «honoris causa» cometido por ascendientes).

En todos estos casos se plantea el problema de cómo debe interpretarse hoy el término *lesiones graves*, cuyo contenido auténtico ha desaparecido de la clasificación que de las lesiones hacia el Código (antiguo art. 420).

Dos soluciones son posibles: o mantener una interpretación histórica, acudiendo para determinar si una lesión es grave, a fin de integrar aquellos tipos, a su significado en el momento en que fueron redactados y promulgados, esto es, al contenido del hoy derogado artículo 420; o acudir a una interpretación sistemática, tratando de inducir las «mens legis» a través de los preceptos actualizados en que aquella expresión de «lesiones graves» ha sido sustituida por la expresa referencia a la nueva tipificación de las lesiones, que en definitiva son los reformados por el citado artículo 15 de la Ley y antes reseñados y el párrafo 2.º del artículo 565, que tipifica la impericia o negligencia profesional (antiguo párrafo 5.º, que contenía idéntica remisión a las lesiones graves). Según esta última interpretación, siempre que algún precepto del Código haga una remisión a «lesiones graves», éstas serán las de los vigentes artículos 418, 419 ó 421.

Sin embargo esta última interpretación no resuelve el problema dentro del artículo 411, párrafo 3, en el que la antigua remisión al artículo 420, número 1.º ha sido sustituida por la cita del número 2.º del artículo 421, pero se ha conservado en el inciso final la referencia a «cualquier

otra lesión grave». Estas no pueden ser, pues, las del número 2.º del artículo 421, ni tampoco, y salvo excepciones de peligrosidad o inadecuación peligrosa del medio usado (así, la tradicional aguja de calcetar, p. ej.) es concebible la aplicación de los números 1.º y 2.º de dicho artículo, en principio incompatibles con lo que es la mecánica usual y normal de una práctica abortiva. Por ello subsiste la duda de si cabe ahora un concepto de lesión grave al margen de las cualificaciones expresas del Código y subsumible en el tipo básico del artículo 420, cuya construcción como concepto normativo no expresamente tipificado habría de hacer el intérprete, con todas las consecuencias negativas para la seguridad jurídica que ello encierra.

Por lo mismo y siempre que se plantee la cuestión, los Fiscales en la opción entre las posibles vías interpretativas examinadas, deberán inclinarse por la segunda, esto es, la sistemática, como más acomodada a la «mens legis», a la nueva realidad penológica y a la propia evolución del concepto de lesión grave (recuérdese que p. ej., en el número 4.º del antiguo 420, estaba penada como lesión grave la que tardara en curar más de 30 días, que hoy sería subsumible en el artículo 420 y hasta admitiría su castigo atenuado conforme al párrafo 2.º de tal artículo).

IV

La reforma de los delitos contra la libertad sexual

Es este uno de los puntos que más modificaciones ha sufrido en los últimos tiempos, como consecuencia de la profunda evolución que los comportamientos sociales y la propia valoración de las relaciones sexuales han venido experimentando. Desde la propia rúbrica del título que de «Delitos contra la honestidad» ha pasado a ser denominado «Delitos contra la libertad sexual», expresando así que el acento de la antijuricidad se pone en el atentado al bien jurídico individual de la libertad sexual y no a las concepciones colectivas sobre lo que es o no honesto -lo que ha de tener el consiguiente influjo en los criterios interpretativos de los tipos concretos- hasta la última reforma de la violación, ampliando el acto violador de la imposición del tradicional y propio yacimiento carnal a los accesos carnales por otras vías erógenas, es lo cierto que las reformas se han ido sucediendo en esta materia, desde la Ley de 26 de mayo de 1978, despenalizadora del adulterio y amancebamiento, pasando por la Ley de 7 de octubre de 1978 que modifica los delitos de estupro y rapto y despenaliza la propaganda y expedición de medios anticonceptivos; la mayor valoración de la trascendencia pública de la violación, a través eliminación de los efectos del perdón llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de Reforma urgente y Parcial del Código Penal, la contraria privatización de las tradicionales figuras del escándalo público, sustituido ahora por las de «exhibicionismo» y «provocación sexual», sometiendo el primero, cuando de mayores se trata, al régimen de denuncia previa, que se produce con la Ley Orgánica de 9 de junio de 1988; hasta las importantes reformas de la Ley Orgánica 3/1989 que constituye el objeto de esta Circular.

A) El nuevo concepto extensivo de violación

El concepto tradicional de la violación, recogido en la veterana fórmula del artículo 429, que databa ya del Código Penal de 1848, era claro: se trataba de un «yacimiento carnal» realizado en las condiciones del tipo, entendiéndose por tal la cópula propia, esto es, un coito heterosexual, con la conjunción de los órganos sexuales masculino y femenino. Esto trascendía al ámbito de los sujetos activo y pasivo de este delito, pues sujeto activo propio sólo podía serlo un varón y sujeto pasivo lo era únicamente la mujer.

Pero ese concepto tradicional había sufrido el impacto de nuevas concepciones, tanto sociales, como penales. Socialmente se entendía que eran equiparables a la violación otras modalidades de cópula impropia, especialmente el coito anal, ya fuera la víctima una mujer, ya un varón, y así se leía con frecuencia en la prensa reportajes o artículos sobre las «violaciones de jóvenes reclusos», para referirse a quienes internados en prisión sufrían atentados sodomitas de otras personas. También la doctrina penal se inclinaba por equiparar a la violación la cópula sodomita violenta, fuera heterosexual, fuera homosexual. El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 (art. 202), contempló en un subtipo atenuado de violación «otros accesos carnales» distintos del yacimiento, lo que mantuvo la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (art. 171). Y por último, la propia Sala 2.º del Tribunal Supremo, aunque

considerase que por razones de legalidad no cabía incluir en la violación la relación sodomita impuesta, elevó al Gobierno una moción para que se reformara el Código Penal dando el mismo tratamiento punitivo a ambas conductas (STS 7 de noviembre de 1987).

La Ley Orgánica 3/1989, al dar una nueva definición de la violación como el «acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal», ha ido más allá de esas inquietudes sociales y de los precedentes jurídicos citados, al incluir en aquélla lo que el Preámbulo de la Ley denomina «el coito vaginal, el rectal y el bucal»; esto es, equiparando no sólo el yacimiento carnal y la relación sodomita, sino también el que denomina, sin definirlo, coito bucal. Ello obliga a una especial labor de exégesis, en cuanto que el término «acceso carnal» es un concepto normativo cuyo significado habrá de elaborar el intérprete y cuyo exacto alcance trasciende a un buen número de problemas en la estructura del tipo.

a) La *acción* de la violación, según su nueva definición consiste, pues, en tener «acceso carnal con otra persona».

La utilización de la expresión «acceso carnal» no es empero precisamente inequívoca, pues gramaticalmente hablando significa tanto «ayuntamiento carnal», lo que sería un simple sinónimo del tradicional «yacimiento»; como la «acción de llegar o acercarse», lo que permitiría considerar accesos el simple contacto de órganos, dando así al concepto gran extensión, excluyendo los tradicionales conceptos de frustración; así como también la «acción de entrar en algún lugar», lo que debería conducir a exigir una penetración en cualquiera de las cavidades típicas, pero dejaría en suspenso la cuestión de que es lo que debe penetrar para satisfacer propiamente el tipo, si únicamente el órgano sexual masculino, esto es, el pene, o cualquiera otro de los órganos corporales utilizados para producir satisfacción sexual (así, una penetración lingual o digital).

Esa cuestión trascendente para centrar los límites del nuevo delito de violación habrá de ser abordada racionalmente, con los criterios de interpretación histórica, lógica y teleológica o de acomodación a la finalidad de la norma, que deben ser usuales en la tarea del intérprete:

Históricamente no debemos olvidar el criterio jurisprudencial que exigía, para la consumación de la violación, la introducción más o menos plena del pene en la vagina, esto es, exigía un principio o mínimo de penetración (Vid. STS de 19 de noviembre de 1983, 31 de marzo de 1984, 27 de octubre de 1986, 22 de septiembre de 1987). *Gramatical y lógicamente* el término «acceso carnal» debe tomarse en su interpretación literal más propia del ayuntamiento carnal o conjunción de órganos, si bien habrá que extender ese concepto de órganos a las zonas o vías legalmente tuteladas en el tipo contra esa clase de agresiones, lo que obliga a rechazar el significado restringido de mero «ayuntamiento carnal propio» por expresa extensión del tipo a los ayuntamientos anal y bucal. Igualmente debe rechazarse el significado extensivo de simple «aproximación o acercamiento», ya que lo contrario llevaría, de un lado, a extender en exceso el carácter de la violación comprendiendo en ella roces o caricias que no constituyen, ni en la intención ni en el sentido social, propiamente actos de conjunción sexual plena, ni tendrían el contenido de antijuricidad material suficiente para merecer un reproche penal tan duro; mientras que de otro reduciría en exceso el ámbito de la tentativa y la frustración.

Por último, desde el punto de vista del *fin de la norma*, la propia extensión de la tutela de la cavidad sexual propia o vagina a otras cavidades corporales -ano y boca-, debe obligar a una interpretación más estricta del acto típico, para evitar que la extensión de las zonas típicas no conduzca a un exceso punitivo de acciones que no son merecedoras de la tutela penal reforzada de la violación, por no reunir en el concepto social el mismo grado de reproche. Igual que se rechazó como violación consumada el simple coito vestibular o penetración sólo en los genitales externos o grandes labios (STS 20 de mayo de 1977), habría que considerar como acción insuficiente para satisfacer el concepto de violación la simple aproximación del pene a los labios de otra persona o el simple contacto de dos vulvas en un acto homosexual femenino.

Y partiendo ya de la base de que el «acceso carnal» exige una penetración (total o parcial), debe llegarse a una interpretación estricta de esa penetración y del órgano que ha de producirla por la misma índole de las razones antes expuestas:

Históricamente el «acceso carnal» designó siempre una penetración del órgano sexual masculino, más generalmente en la vagina, pero también en otras cavidades erógenas,

especialmente la anal. Ello encuentra apoyo en el uso de la expresión coito en el Preámbulo de la Ley, para referirse a las nuevas acciones típicas («... incluir en el delito de violación además del coito vaginal, el rectal o el bucal») lo que constituye una referencia indudable al uso del órgano sexual masculino en la realización del acto. En estos términos, considerar incluidas en el tipo otras clases de penetraciones, como la lingual o digital, representaría el uso de una analogía contra reo, prohibida en Derecho penal y que chocaría con el principio de legalidad. *Teleológicamente* consideramos que también sería contradictoria en el valor social de las acciones respectivas y el real alcance de la tutela de la norma, una interpretación extensiva que admitiera como violación las penetraciones lingual o digital, que conduciría a reacciones punitivas insoportables por excesivas. En efecto, como quiera que no cabe hacer distinciones sobre el alcance de la acción de «acceso carnal», según sea la cavidad a que se acceda, resultaría que el admitir como violaciones los accesos linguales, obligarían a penar también como violación los besos linguales, lo que indudablemente nadie aceptaría como razonable y congruente con el principio de mínima intervención de la tutela penal; y ya no digamos de los tactos o penetraciones digitales, socialmente admitidas como caricias menores.

En consecuencia, conjugando los anteriores argumentos con la mentalidad del legislador expresada en el Preámbulo de la Ley, habrá que entender como el «acceso carnal» que constituye la acción típica de la violación el coito en sentido lato o extensivo, por vía vaginal, anal o bucal, en el que uno de los protagonistas debe ser un varón y el elemento que acceda, el órgano sexual masculino.

Por lo expuesto, en sus clasificaciones los Fiscales se atenderán a los siguientes criterios:

1.º Entenderán por violación la penetración del pene en una de las cavidades tuteladas (vagina, ano o boca) siempre que se den cualquiera de las demás condiciones típicas que describen los tres números del artículo 429.

2.º El carácter más o menos completo de la penetración se valorará en el terreno del «iter criminis», utilizando las declaraciones de la jurisprudencia de la Sala 2.^a, y teniendo especialmente en cuenta que para la consumación es suficiente la «inmissio penis», pero no es un ningún caso, sea cual sea la cavidad penetrada, exigible la eyaculación dentro de ella.

3.º Que las penetraciones linguales o digitales, así como las que se realicen con otros objetos, incluso analógicos (consoladores o pene artificial deben quedar relegadas a la condición de agresiones sexuales punibles conforme al artículo 430. En este tipo deben incluirse también las relaciones homosexuales femeninas impuestas, en las que no se da la penetración fálica.

b) En cuanto a los *sujetos activos y pasivos* sufren también una ampliación. Ampliación que es inquestionable en el sujeto pasivo, que de serlo necesariamente una mujer, pasa a serlo cualquiera persona, con indiferencia de su sexo, pues como dice el Preámbulo de la Ley «con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres».

Mayor problema plantea la extensión del sujeto activo, como autor propio (por extensión siempre pudo serlo cualquiera, ya con inductor, ya como cooperador necesario: S.T.S. 10-VII-1982; 28-VI-1983; 25-II-1986; 7-XI-1987) del varón -único sujeto activo en la tipificación tradicional de la violación- a la mujer -susceptible sujeto activo en la nueva redacción del tipo, cuando el acceso carnal sea impuesto por ella-. Aunque el concepto a que se ha llegado sobre el significado del «acceso carnal» pueda inclinar a mantener el criterio tradicional, excluyendo a la mujer como autor propio, entendiendo que el acceso no es propiamente el acto sexual o coito, sino la penetración, por lo que sólo podrá ser sujeto activo el que tiene capacidad de penetrar violentamente y no el que fuerza a otro para que le penetre, ello no debe ser así, ya que tutelados como sujetos pasivos los varones y las hembras y siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, cualquiera que sea aquél de quien parta la imposición del acceso carnal en las condiciones del artículo 429, lesionando con ello el bien jurídico de la libertad sexual del sujeto pasivo, será autor del correspondiente delito. En consecuencia, cuando quien imponga el acceso carnal, (entendiendo como acto sexual por las vías típicas o coito en el sentido amplio que le da el Preámbulo de la Ley), sea una mujer, también estará ésta ejecutando la acción típica. Hay que romper con el estereotipo tradicional de que la mujer es la

protagonista inactiva de la relación sexual, en la que toda iniciativa corresponde al varón, manteniendo también en esto la igualdad de sexos.

Esa aptitud de la mujer para ser sujeto activo del nuevo tipo de violación aparece clara en los supuestos de los números 2.º y 3.º, en que la relación sexual que comporte un acceso carnal puede venir impuesta por una mujer a un varón, ya privado de sentido o abusando de su enajenación, ya menor de 12 años cumplidos. Mayor dificultad, pero no imposibilidad, plantea el número 1 del artículo 429, por las especiales condiciones que el logro de la erección exige y que no siempre son compatibles con el uso de la fuerza o la intimidación o la imposición de una relación sexual que no se desea. Pero la literatura erótica contiene ejemplos de esa imposición de relaciones sexuales forzadas al varón y de uso de medios mecánicos o químicos para lograr la erección que, aunque no suelen darse en la realidad, con lo suficientemente expresivos para no excluir en el terreno dogmático la posibilidad de que también la mujer use la fuerza o intimidación para tener acceso carnal con un hombre, no ya por vía bucal, que no exige de la erección, sino incluso por cualquiera de las otras vías contempladas en la nueva redacción del artículo 429.

c) En cuanto a las *modalidades típicas* permanecen inalterables las de los números 1.º y 3.1º, para los que siguen siendo aplicables las declaraciones jurisprudenciales anteriores a la reforma. Aunque sobradamente conocida por los Sres. Fiscales, parece oportuno insistir en la tradicional posición jurisprudencial sobre la valoración de las cuestiones de la fuerza, no como «vis absoluta» que exigiera una resistencia heroica o casi heroica, sino como la suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo dadas las circunstancias del caso concreto: mayor o menor pusilanimidad de la víctima; la soledad del lugar y el convencimiento de la inutilidad de la resistencia; el temor a males mayores, etc. (S.T.S. 16-VI-1978; 16-XI-1981; 16-VI-1985; 24-X-1988), incluso es irrelevante el cesar en la resistencia inicial y el desistimiento de la misma ante su inutilidad (S.T.S. 18-II-1983; 17-III-1987). Recuérdese también la interpretación puramente cronológica del límite de edad fijado en el número 3.º (S.T.S. 10-VI-1965; 20-XII-1983).

En cambio el número 2.º ha sufrido una modificación que sí incide en su alcance: «cuando la persona se hallase privada de sentido o cuando se abusase de su enajenación», dice ahora.

Aunque la «privación de sentido», es situación tradicionalmente acogida por este número, el estado mental del sujeto pasivo sufre un cambio; de meramente «estar privado de razón», que era una situación objetiva cuya concurrencia era suficiente para integrar el 429, pasa a ser un concepto tendencial ya que exige que se abuse de su enajenación. Si objetivamente los términos «privado de razón» o «enajenado», pudieran estimarse equiparables, la nueva condición tendencial sí altera sustancialmente el contenido de la conducta típica.

El alcance de la enajenación habrá de establecerse en función de la sistemática del Código, esto es, poniéndolo en relación con la eximente 1.º del artículo 8.º. Sin embargo el paralelismo no tiene por qué ser absoluto, esto es, exigiendo en el sujeto pasivo enajenado las mismas condiciones de profundidad de la enajenación que determinarían su plena inimputabilidad, sino que debe relacionarse con la naturaleza y profundidad del abuso, en términos que quede claro que el sujeto activo manipuló y se aprovechó del estado mental del sujeto pasivo para tener con él acceso carnal. Independientemente de la intensidad de la enajenación, si en el caso concreto se aprecia la existencia de un abuso de tal situación, se dará el delito.

En definitiva, es de notar que ya no se trata de hacer incapaces para la relación sexual a los enajenados, convirtiendo en delito cualquier trato sexual con ellos por la objetividad de su estado psíquico, sino que admitiéndolos a una sexualidad libremente consentido (dentro del área de libertad que cada enajenado conserve), lo que se pretende es facultar la indemnidad del bien jurídico de la libertad sexual, protegiendo a estos sujetos, cuya indefensión es mayor, contra las manipulaciones que se produzcan por parte de terceros que pretendan aprovechar tal indefensión para imponerles un acceso carnal que de otro modo aquéllos no admitirían.

En el concepto de abuso ha de incluirse no sólo toda maquinación ingeniosa o manipulación engañosa de los sentimientos o ideas y delirios del enajenado, sino también el prevalimiento de la superioridad intelectual que las personas normales tienen sobre los deficientes mentales.

Esto es, la utilización de la menor capacidad psíquica o intelectual del enajenado para captar su voluntad o hacer inútiles sus negativas, podría subsumirse en el concepto de «abuso».

La realidad es lo suficientemente rica como para no pretender catalogar los supuestos de abuso, que deberán ser valorados en cada caso concreto para calificar el hecho como violación, simple estupro de prevalimiento, e incluso acto atípico por ausencia de un abuso o de la utilización de una situación de superioridad.

Aquel planteamiento repercute en el área del error de tipo. Así como el error sobre la edad del sujeto pasivo puede determinar que entren en juego los párrafos primero y segundo del artículo 6 bis a), lo mismo ocurrirá respecto a la privación de sentido como situación puramente objetiva, el error sobre la condición de enajenado del sujeto pasivo, sea o no vencible, es irrelevante, ya que más que afectar a un elemento objetivo del tipo, lo que hace desaparecer es el elemento subjetivo del injusto representado por el abuso: al no ser consciente el sujeto activo de la condición de enajenado del sujeto pasivo, mal puede abusar de esa condición, por lo que su acción no satisface el tipo, siendo por ello indiferente, repetimos, que ese error sea o no vencible.

B) Las agresiones sexuales

La reforma introduce la locución agresión sexual en los artículos 430 y 436 bis del Código Penal para sustituir a la tradicional expresión de abusos deshonestos. El término carece de antecedentes, ya que los intentos de reforma (Proyectos de 1980, Propuesta de 1983) utilizaban el menos novedoso pero más expresivo de abusos sexuales. La cuestión está en si la utilización del término agresión, aparte de subrayar que el acento se pone ahora en el ataque a la libertad sexual del sujeto pasivo, lo que parece lógico y congruente con el nuevo contenido de la antijuricidad de estos delitos, implica un cambio en el alcance de la acción, ya que la agresión es un acto más contundente o con un contenido de actividad más agresiva, valga la redundancia, que el simple acto abusivo. En otras palabras: si el atentado a la libertad sexual, para ser típico, ha de contener un elemento material y activo de ataque, lo que eliminaría ciertos comportamientos pasivos, como el «voyeurismo». (Vid. el supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29-I-1979) o las acciones en la que la actividad viene realizada por el sujeto pasivo, en beneficio sexual del responsable de la acción (masturbación del sujeto activo, por ejemplo). (Análogo problema plantean las agresiones verbales que inciden más en el ámbito de la intimidad o respeto a las personas, que en el de la libertad sexual, por lo que su tipificación parece sería más adecuada en el artículo 585, número 4.º, salvo que constituyeran manifestaciones de la tentativa de un delito contra la libertad sexual).

La existencia de agresiones sexuales no violentas, penadas en el artículo 436, debe conducir a una interpretación no literal, sino teleológica (agresión al bien jurídico de la libertad sexual) de ese concepto de agresión. Por lo que, al menos mientras no se produzcan correcciones jurisprudenciales, debe entenderse por agresión sexual todo ataque a la libertad sexual de otro, imponiéndole con violencia o astucia actos o comportamientos en las condiciones típicas, sin que el contenido de las acciones se estime en principio diferente a las de los derogados abusos deshonestos. En esas condiciones, dos son los límites definidores de la conducta típica: una, positiva, el carácter de la acción, que ha de ser atentatoria a la libre sexualidad del sujeto pasivo y ejercitarse con tendencia sexual; y otra, negativa, no constituir uno de los accesos carnales integrantes de la violación o el estupro. Al sufrir estos últimos una ampliación, se ha reducido el ámbito de los artículos 430 y 436 al sustraerse de su tipo supuestos de accesos carnales (el anal y el bucal) que antes se castigaban como abusos deshonestos. Por último, la concurrencia de las modalidades típicas de la violación o del estupro conducirán a subsumir la agresión sexual en el artículo 430 o en el 436.

Especial consideración merece el subtipo agravado del último inciso del artículo 430, que aparece referido a especiales conductas brutales o degradantes para la víctima. La primera modalidad, referente a la introducción de objetos, integra ya por sí misma el subtipo. Por objetos habrá que entender cosas inanes, excluyendo penetraciones de órganos de forman parte de las relaciones sexuales socialmente aceptadas (penetración digital o lingual), que sólo cuando se den en especiales condiciones vejatorias o degradantes para la víctima, constituirán la agravación del segundo supuesto. Este último contiene un elemento tendencial, de

menosprecio de la víctima, que puede derivar tanto de un espíritu sádico como injurioso o de humillación sobreañadida.

Respecto a esta modalidad agravada es de resaltar que, integrándose la antijuricidad más en el atentado a la libertad sexual que en el ataque a la honestidad, no siempre será exigible un ánimo lúbrico en el sujeto activo -ánimo que sí estará presente en los atentados sádicos-, sino que puede ser sustituido por otros ánimos como el de venganza o el de menosprecio, siempre que se produzcan en el terreno sexual o en relación con él, esto es, aprovechando el significativo sexual del acto ejecutado. Así, parece oportuna la aplicación de esa agravación a supuestos análogos al de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-V-1989, de quien por celos y con ánimo de venganza introdujo una barra de metal ardiente en la vagina de una mujer causándole graves lesiones (lesiones que, lógicamente, deben entrar ahora en concurso con el delito de agresión sexual).

C) El estupro

En el capítulo del estupro, los artículos 434 y 435 han permanecido inalterados. Sin embargo se ha planteado la cuestión de si de algún modo la nueva redacción del artículo 429 ha incidido en una modificación del inicial contenido de esos preceptos, en los que el «acceso carnal» que describía la acción se entendía reducido a los accesos vaginal y anal. De un lado, se dice, la interpretación sistemática y la unidad de significado de los conceptos legales utilizados en los distintos preceptos del Código debe conducir a entender que también el acceso bucal, que de producirse violentamente constituiría violación, debe considerarse integrado en el estupro si se produce con prevalimiento o engaño. De contrario se alega que ello representaría una modificación encubierta de los artículos 434 y 435, ampliando su inicial contenido, lo que iría contra el principio de taxatividad de los tipos y el de la interpretación restrictiva de los preceptos punitivos.

La primera de las expresadas interpretaciones debe entenderse como más correcta y conforme con los principios legislativos e interpretativos. Si el legislador, al modificar la violación (art. 429), ha estimado que el acceso bucal debe ser equiparado en la tutela de la libertad sexual (ante actos violentamente impuestos y en el tratamiento punitivo de tales actos), a los otros accesos carnales que se citan expresamente, esa igualdad de tutela y de tratamiento punitivo debe extender también al estupro, como tipo que ampare la libertad sexual de las acciones realizadas con prevalimiento de una situación de superioridad (art. 434) o engaño (art. 435). Romper esa equiparación de trato sería contrario a la «voluntas legis», sin que el hecho de que los preceptos del estupro no hayan sido modificados sea significativo, por cuanto la modificación era innecesaria precisamente en el momento en que, desaparecida la disparidad de términos respecto al artículo 429, en éste aparece expresamente explicitado el alcance de los accesos carnales típicos. La interpretación progresiva acorde con la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada conduce a la misma conclusión.

D) Corrupción de menores

En los delitos de corrupción de menores se ha corregido el desfase sociológico de mantener el límite de la edad tutelable en los 23 años, cuando la mayoría de edad civil había venido siendo señalada en límites más bajos hasta llegar a los 18 años consagrados constitucionalmente. Considerar necesitados de tutela en el ámbito sexual a personas a las que se les reconocía la plena capacidad de disposición en todos los demás ámbitos personales y patrimoniales era un anacronismo histórico, que ahora se corrige.

Sin embargo, la aplicación retroactiva de las normas desincriminadoras puede originar ciertos problemas en el terreno de revisión de las sentencias, en los supuestos en que el hecho debiera subsidiariamente considerarse constitutivo de un delito de prostitución de mayores, puesto que la defectuosa técnica del código, reiteradamente señalada por la doctrina, de imponer mayor pena a la prostitución de mayores (art. 452 bis a: prisión mayor en su grado máximo), que a la de menores (art. 452 bis b: prisión menor en sus grados medio y máximo) puede provocar conflictos con el principio acusatorio y la no aplicación retroactiva de un precepto más grave. Ciertamente serán pocos los supuestos en que el conflicto se presente pero, si se produce los Fiscales deberán formular consulta, de no poder resolver el caso concreto con la aplicación normal de las reglas interpretativas.

E) Con respecto a las disposiciones comunes son de destacar los siguientes extremos:

1.º) El artículo 443 amplía la facultad-función del Ministerio Fiscal en orden a la denuncia previa para perseguir los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y raptó a todos los menores e incapaces, no limitándolo como antes a los menores de 16 años y a las personas que fuesen de todo punto desvalidas. Desaparecen las referencias a las Juntas de Protección de Menores y Tribunales Tutelares de Menores como consecuencia de la desaparición de las primeras (RD 1449/1985, 1.º de agosto), disposición adicional segunda, en relación con el art. 85.2 de la L 50/1984) que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1985), así como la sustitución de los Tribunales de Menores por los Juzgados de Menores (disposición adicional 1.º 1 de la LOPJ en relación con los arts. 96 y 97 de la misma) y las nuevas concepciones en orden a la actividad de protección.

En cuanto al uso de esa acción de denuncia por el Fiscal, ha de concebirse más que como una facultad como una función, en cuyo ejercicio han de tenerse en cuenta no sólo los intereses públicos de la persecución del delito sino también los intereses personales del menor incapaz, al que ante todo viene obligado el Fiscal a tutelar, de modo que puede darse el caso de que tales intereses, bien por el impacto que en su formación pueda tener la celebración del juicio, bien por otras razones en que el beneficio para el menor esté a favor de la impunidad, aconsejen no denunciar. En caso de duda los Fiscales pedirán asesoramiento de psicólogos o asistentes sociales en orden a ese punto, teniendo en cuenta que, como delito semipúblico, no están en este terreno sometidos a la obligación que impone el artículo 105 de la LECr y sí en cambio a la defensa de los intereses del menor o incapaz, conforme al artículo 3.º, número 7 del Estatuto.

Es de tener en cuenta también que la facultad de denuncia del Fiscal no es subsidiaria a la de los otros representantes de los menores o incapaces que expresamente cita el artículo 443 (ascendientes, representantes legales o guardadores de hecho), como ocurre con estos últimos que habrán de hacerlo por «este orden», sino que la facultad del Fiscal es alternativa (el Ministerio Fiscal es citado disyuntivamente después de establecido el orden en que han de hacerlo otros representantes) y puede ser ejercida, aunque lo hayan omitido expresamente los demás representantes, cuando los intereses del menor o incapaz lo aconsejen y el Fiscal entienda que tales intereses no han sido debidamente atendidos por quien ejerce la patria potestad, tutela o guarda de hecho.

2.º) Se ha precisado el alcance de la inoperancia del perdón en estos delitos, señalando que «no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase» (art. 443, párrafo 2.). Con ello se pone fin a las insuficiencias de la inicial redacción dada a ese efecto del perdón en la reforma de 1983, que no sólo se reducía a la violación, sino que limitaba sus efectos a la no extinción de la acción penal, con lo que se planteó la duda de si extinguiría, en cambio, la responsabilidad penal, esto es, la pena ya impuesta, por aplicación de la regla general del número 5 del artículo 112. De ser así el perdón no podría evitar la persecución del delito, pero podría condonar la pena, lo que era contrario a toda economía procesal y a la propia racionalidad del sistema.

3.º) La modificación del artículo 446, congruente con la necesidad de concordar el precepto con otras reformas civiles, administrativas y orgánicas no presenta cuestiones nuevas. Solo es de notar, al respecto, que se suprimen las tradicionales facultades de intervención y depósito de menores, poniéndose el acento en la actuación de las Entidades Públicas que tienen encomendada la protección de los menores y en su caso, en la del Ministerio Fiscal.

V

Las reformas en los delitos contra la familia y contra los niños

Sin llegar a crear un verdadero grupo de delitos contra la familia o, como decía la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, «contra las relaciones familiares», sí se han producido modificaciones en el Capítulo III del Título XII del Libro II, del Código, que profundizan en la tutela de las situaciones familiares y los derechos de la infancia y que conviene examinar.

A) La reforma del abandono de familia

El párrafo 2 del artículo 487 ha sufrido una modificación en el señalamiento del sujeto activo, que trasciende del mero retoque gramatical: en efecto, la expresión inicial «cuando el culpable dejare...», ha sido sustituida por «el que dejare...». Con ello hay que entender que se ha querido recuperar la inicial intención del legislador, que tomó la figura del Código Penal italiano donde la paralela fórmula agravada del párrafo 2 del artículo 487 constituía un tipo independiente de la figura base, punible por la mera ejecución de la conducta de dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento de los sujetos pasivos tutelados en el tipo, por lo que se pretendió crear un delito cualificado y distinto del abandono de familia básico previsto en el párrafo 1.º del citado artículo. Confirmaba ese propósito el hecho de que en este párrafo existiera ampliación de los sujetos pasivos típicos, al incluir a los ascendientes, que no figuraban entre los del párrafo primero; así como se agregaba la condición restrictiva especializante de que se hubiera de tratar de hijos menores o incapaces para el trabajo o el cónyuge, necesitados, lo que no exigía la figura base.

Pese a ello, sabido es que la Jurisprudencia vino considerando el subtipo una mera modalidad de la conducta del párrafo 1.º, siendo por ello exigibles para su aplicación, no sólo los requisitos que en el párrafo segundo se establecían, sino además que se dieran cualquiera de los dos presupuestos de aquélla, esto es, el abandono malicioso del domicilio familiar o la conducta desordenada (Vid. p. ej. STS 3 de marzo de 1987). Esta tesis encontraba cierto apoyo en la expresión «cuando el culpable...» que parecía referirse al culpable de un abandono de familia común (aunque el argumento fallaba cuando de ascendientes se trataba, pues respecto a ellos no podría darse tal abandono básico).

Tras la reforma, expresando la fórmula «el que...» la existencia de un sujeto activo no cualificado y referido ese sujeto a la conducta descrita en la hipótesis típica del párrafo 2.º y no la del 1.º, no parece posible pretender integrar el delito con requisitos y presupuestos que la descripción típica no cita ni exige, por lo que debe entenderse como un subtipo distinto, con estructura y requisitos propios y que funciona autónomamente y así lo postularán los Fiscales.

B) El nuevo artículo 487 bis

Una pretensión de ciertos sectores sociales era la de criminalizar el impago de pensiones provenientes de situaciones de separación, divorcio o nulidad matrimonial, cuyo incumplimiento frecuente no encontraba sanción adecuada ni por la vía civil, ni recurriendo a ciertos tipos penales, como el de abandono de familia o la desobediencia, porque no siempre se daban las especiales condiciones exigidas en estos tipos -el abandono malicioso del domicilio familiar era imposible en los supuestos de ruptura legal de la convivencia; la conducta desordenada rara vez podía alegarse y el previo requerimiento para la desobediencia no siempre se había producido-. (Recuérdese lo expresado sobre la necesidad y dificultades de promover el cumplimiento de los convenios y decisiones judiciales al respecto, en la Circular de esta Fiscalía General del Estado 3/1986

El nuevo tipo, que encuentra su antecedente en el artículo 34 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y que sanciona el incumplimiento reiterado en tres meses consecutivos o seis alternos de las prestaciones económicas en favor del cónyuge o de los hijos, establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad, ha planteado, aparte de las divergencias de criterio sobre su oportunidad y acierto configurativo (se ha censurado el que, mientras se tutelan prestaciones cuyo fundamento no es asistencial -así la pensión o prestación complementaria del art. 97 del Código Civil-, se dejan sin protección otras de igual interés y valor, como los alimentos de los hijos o ascendientes necesitados, caso de subsistente matrimonio o los de los hijos no matrimoniales), profundos problemas que sí es menester abordar:

a) Aunque pueda resultar una incongruencia con respecto al tratamiento dado al abandono de familia básico en el artículo 487, que viene sometido al régimen de denuncia previa y perdón en favor de la armonía de las relaciones familiares, el que examinamos es delito público, por lo que ha de ser perseguido de oficio, tanto por el Juez que a través del procedimiento a él sometido tenga conocimiento de los incumplimientos punibles, como por el Ministerio Fiscal que llegue a igual noticia, en

especial si existen menores o incapacitados afectados por tales incumplimientos. Ello deberá llevar a los Fiscales que intervengan en procedimientos de nulidad, separación o divorcio a vigilar la ejecución de los convenios homologados o resoluciones judiciales firmes, y perseguir cualquier incumplimiento de las prestaciones asistenciales en favor del cónyuge o de los hijos.

b) La cuestión de si sólo son incluibles las pensiones acordadas en sentencia que ponga fin a la causa o en el convenio aprobado en la misma, o son también amparables las procedentes de convenios aprobados en las medidas provisionales o en las previas o las prestaciones adoptadas judicialmente en tales medidas, debe ser resuelta a favor de esta última solución extensiva, en cuanto el precepto habla de «convenio judicialmente aprobado» o «resolución judicial», sin exigir que esa aprobación o resolución adopte forma de sentencia. Por lo mismo, también basta la firmeza de la decisión judicial y su notificación al obligado al pago -requisito este de conocimiento de la obligación exigido por el carácter doloso de la figura- para que el incumplimiento reiterado en la forma típica sea punible, sin que se haga precisa una expresa solicitud de ejecución de sentencia al amparo del artículo 919 de la LEC.

Tampoco se hace preciso un específico requerimiento judicial de pago que, de existir seguido de incumplimiento, podría más bien dar lugar a un delito de desobediencia del artículo 237, sin esperar a que se dieran los tres incumplimientos sucesivos o seis alternos que exige el artículo 487 bis.

c) El delito se consuma por el mero incumplimiento en la forma típica: tres meses consecutivos o seis no consecutivos. Las cuestiones sobre la posibilidad del cumplimiento o la situación de insolvencia o imposibilidad económica del sujeto activo, habrán de resolverse aplicando las reglas generales sobre la exención de responsabilidad (posible concurrencia de un estado de necesidad no intencionadamente provocado) o la culpabilidad (inexigibilidad de la conducta).

d) Cuestión más polémica presentan los supuestos en que se hubieran establecido garantías específicas, reales o personales, para el pago de la pensión (Vid. arts. 90, 97 y 10.3 del Código Civil), en cuyo caso parece que el mero incumplimiento del pago, en cuanto existe una forma sustitutiva de satisfacer la prestación, no encierra la antijuricidad material que sanciona el tipo, pues el destinatario del pago no queda desamparado. Sólo cuando las garantías se hubieran agotado o resulten ineficaces, sufre lesión el bien jurídico tutelado y puede decirse que la conducta típica se ha consumado.

e) El señalamiento como típico del incumplimiento de seis meses no consecutivos, sin más precisiones ni establecimiento de plazo de caducidad, ha originado críticas en orden a señalar que se establecía así un régimen de inseguridad jurídica, en cuando a lo largo de un lapso dilatado de tiempo -como suele ser el de la duración de las pensiones de esta naturaleza- podrían producirse esos seis incumplimientos sin especial relación entre sí, ni de intencionalidad, ni de perjuicio para el destinatario de la pensión. Parece que, como mínimo, habrá que exigir que las seis prestaciones incumplidas sean exigibles y no estén prescritas. Si por el lapso de tiempo se ha dejado prescribir algún pago mensual, al no ser exigible, no puede tenerse en cuenta para valorar el incumplimiento típico, con lo que en cierto modo desaparece la situación de inseguridad jurídica y dependencia que se ha señalado. La interpretación del tipo ha de hacerse en función del fin de la norma y esta es, fundamentalmente, tutelar a los miembros económicamente más débiles de la insolidaridad del obligado a la prestación, situación que no se produce ya cuando la prestación no es exigible por alguna causa, incluida la prescripción.

f) En cuanto a la conducta, al ser de tracto sucesivo, plantea la cuestión de si cabe la continuidad delictiva o deben fraccionarse los periodos de impago en tantos delitos como plazos típicos incumplidos. La primera alternativa parece la correcta y más adecuada, tanto a la estructura del tipo como a los términos del artículo 69 bis, pues se da la unidad de intención o dolo y la idéntica ocasión. Ahora bien, recaída sentencia condenatoria sobre un comportamiento de impago, la reiteración de esa conducta tras la sentencia debe valorarse y perseguirse como un nuevo delito.

g) Obvio es decir que sólo los incumplimientos posteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989 podrán valorarse como típicos sin que, por el principio de irretroactividad de las leyes sancionadoras, puedan computarse los impagos de pensiones vencidas antes de aquella entrada en vigor.

h) Por último, es de señalar que se plantea el problema de si puede o no exigirse el cumplimiento de las prestaciones debidas en el proceso penal o, por tratarse de una obligación precedentemente constituida, su cumplimiento debe interesarse en la ejecutoria civil correspondiente. A favor de esta última solución está la doctrina que se ha venido manteniendo en torno al cheque en descubierto que no genera otra responsabilidad civil que la derivada de los daños o perjuicios causados al margen del simple impago (Vid. p. ej. STS 6 de abril de 1988). Ahora bien, si se entiende que la lesión del bien jurídico se produce por el impago de la pensión -única interpretación que pueda dar el necesario contenido material de antijuricidad a la conducta prevista en el tipo, que de otra forma se convertiría en una simple manifestación de la prisión por deudas- esa lesión del bien jurídico tiene que repararse en la vía penal, lo que debe conducir a promover también en esa vía la reparación del perjuicio causado, tanto con el abono de las cantidades debidas como los de otra índole que hubiere originado el impago. Esta debe ser, en tanto en la jurisprudencia no se consolide otra eventual doctrina contraria, la tesis y posición que adopten en sus calificaciones y peticiones los Fiscales.

C) La explotación de menores sancionada en el nuevo artículo 489 bis

Según el Preámbulo de la Ley, se sanciona en este nuevo artículo «una nueva modalidad de abandono de familia que abarca las conductas consistentes en destinar a los menores de dieciséis años a la mendicidad de tan lamentable actualidad». Nótese que no se criminaliza la mendicidad «per se», ni se tutela a todos los menores, sino sólo a los que no alcancen los dieciséis años, susceptibles de mayor explotación y manipulación, por su menor resistencia a las presiones de los mayores de su entorno y por su carácter en formación.

Este nuevo delito viene a poner fin al anacronismo de la Ley de 23 de julio de 1903, cuyas penas, mantenidas inalterables desde su publicación, resultaban ridículas para sancionar las conductas en ella contempladas y cuya pretendida actualización con la incorporación al artículo 584 del Código Penal de alguno de aquellos ilícitos (núms. 10 y 11, que ahora se derogan) fue notoriamente incompleta e insuficiente en orden a un adecuado castigo de tales conductas. Por ello, en los casos en que concurren alguno de los preceptos de aquella Ley (especialmente del art. 3.) con esta nueva figura habrá que entender que el artículo 489 bis consume aquella y, más aún, que la Ley de 1903, ha quedado derogada en lo que sea incompatible con la nueva legalidad promulgada (art. 2.2 del Código Civil).

Las conductas sancionadas son de dos clases: una básica, que es la simple utilización de menores de dieciséis años en la mendicidad y que no plantea especiales problemas; otra, que es una cualificación de la precedente («si para los fines del párrafo anterior ...»), que sanciona con pena agravada (la superior en grado) los supuestos en que se traficaren con menores de dieciséis años, se empleare con ellos violencia o intimidación o les suministraren sustancias perjudiciales para su salud.

a) Es de notar, en primer lugar, la ampliación del sujeto activo. No queda reducido, como en las viejas fórmulas del artículo 584, a los padres, tutores o guardadores, sino que abarca tanto a los obligados a la custodia y tutela del menor que lo utilicen directamente para la mendicidad, como a los que los entregaren a tal fin a terceros y a estos mismos terceros.

b) En cuanto a la conducta agravada, el empleo de violencia o intimidación es concepto de fácil interpretación por ser de uso común o acuñado en múltiples preceptos del Código. Mayor dificultad podría afectar el concepto normativo de tráfico, si no se dispusiera ya del antecedente histórico del artículo 3.º de la citada Ley de Mendicidad de Menores de 1903, que sancionaba a los padres o tutores, así como a los terceros que con ellos hubieren concertado la entrega de un menor de 16 años, mediante precio, recompensa o promesa de pago. Quiere ello decir que por tráfico debe entenderse la

entrega de un menor a terceros para su utilización en la mendicidad a cambio de una utilidad o lucro presente o futuro, y son sancionables por tal tráfico tanto los padres, tutores o guardadores que hicieren la entrega lucrativa, como los terceros que los reciban a tal fin.

c) El suministro de sustancias perjudiciales para la salud puede entrar en concurso medial con un delito contra la salud pública, en especial el 344 bis a) número 1, cuando de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos se tratara. Es este un aspecto cuya investigación y castigo debe preocupar especialmente a los Fiscales por la trascendencia que, para la salud y el futuro del menor, representa el riesgo de la creación de hábito o drogodependencia por el uso de tales sustancias.

Igual situación de concurso, en este caso ideal, se dará si del empleo de la violencia o el suministro de sustancias perjudiciales para la salud resultaren lesiones o incluso la muerte del menor. El concurso se dará con los respectivos delitos dolosos de resultados si pudiera apreciarse la concurrencia de dolo eventual, o con el artículo 565 de mediar sólo imprudencia, que en todo caso debe apreciarse como temeraria dadas las circunstancias en que se producen tales resultados y el evidente riesgo que tuvieron los medios utilizados.

d) El uso de violencia o intimidación podría dar lugar a un concurso de normas, bien con el delito de coacciones (art. 496), bien incluso con las amenazas (art. 494) que se resolvería conforme al principio de especialidad a favor de este tipo, dado que la finalidad de tales coacciones o amenazas venía precisamente la ejecución de la conducta que veta el artículo 496 bis.

e) Es de destacar el llamamiento que el último párrafo del artículo 489 bis hace al Ministerio Fiscal para que inste de la autoridad judicial competente la adopción de las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor, medidas que son las previstas en la legislación civil y en la de Menores. Ello obliga a una actuación celosa, no sólo en el ámbito judicial, sino en el de la cooperación con las Entidades Públicas tuitivas, a fin de prevenir y perseguir la lacra de la explotación de los menores en la mendicidad, de tan lamentable actualidad como advierte el Preámbulo de la Ley.

f) Por último, los Fiscales ponderarán, con vistas en el interés de los menores, la conveniencia de instar la privación de la patria potestad o de los derechos de guarda y tutela de los padres, tutores o guardadores responsables de estos hechos, que con carácter potestativo señala el tercer párrafo de este artículo.

Es de notar al respecto que, aunque la sanción se instará en sede penal, no se trata propiamente de una pena pues no figura entre las previstas en el catálogo del artículo 27 del Código Penal por lo que su petición no puede alterar la competencia de enjuiciamiento conforme a las reglas del artículo 14 de la LECr. deriva de la pena señalada en los dos primeros párrafos del artículo.

VI

Reformas en los delitos contra la propiedad

En el Título XIII, de los delitos contra la propiedad, se han producido algunas reformas, unas para acomodar sus preceptos a las modificaciones sufridas en ciertas normas que las complementan por remisión y otras para acomodar algunos de sus artículos a los nuevos condicionamientos constitucionales:

A) A las primeras pertenecen el retoque llevado a cabo en los números 2, 3 y 4 del artículo 501 para concordarlos con la nueva regulación de las lesiones.

No merecería este retoque mayor comentario, si no fuera porque indirectamente se ha venido a restringir el ámbito del número 5 del propio artículo, prácticamente reducido hoy a los robos con intimidación o violencias menores, únicamente constitutivas de faltas de lesiones o de maltratos. En efecto, al incluirse en el número 4 las lesiones a que se refiere el artículo 420, toda lesión que precise además de una primera asistencia un ulterior tratamiento facultativo

obligará a aplicar el citado número del 501, quedando así fuera del número 5 lesiones tradicionalmente en él comprendidas, como eran las del antiguo artículo 422 y las que precisaren hasta 15 días de tratamiento facultativo.

Hay que entender además que todas las lesiones tipificadas en el artículo 420 actual, tanto las que tienen señalada la pena base del párrafo 1, como las atenuadas del párrafo 2, deben llevar la calificación del robo al número 4 del artículo 501, no sólo porque donde la ley no distingue, no se puede distinguir en su aplicación, sino porque las lesiones del párrafo 2 son las mismas de las del párrafo 1, sólo que atenuadas por las circunstancias del hecho o su especial naturaleza, con lo que la agravación del castigo del robo acompañado de esas lesiones es aún más notoria.

Es esta tal vez una consecuencia negativa de la reforma no deseada pro el legislador, pero provocada por el sistema utilizado para establecer las nuevas concordancias.

B) En las reformas provocadas por la necesidad de acomodar los preceptos del Código a las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, destaca la del artículo 509, en el que se ha suprimido la inversión de la carga de la prueba que representaba la cláusula de que el tenedor de los efectos «no diera descargo suficiente sobre su adquisición o conservación», de modo que, como advirtió la STC 105/1988 y había declarado ya la del Tribunal Supremo en la de 19 de junio de 1986 es siempre exigible una actividad probatoria de las acusaciones que acredite el destino especial para la comisión del delito de robo de los instrumentos ocupados al acusado.

Es de subrayar que, aunque el legislador de 1989 haya olvidado reformar también el artículo 315 del Código Penal, que pena la tenencia de útiles para la falsificación y que contiene idéntica cláusula de inversión de la carga de la prueba a la suprimida por inconstitucional en el artículo 509 (por lo que se conserva su redacción preconstitucional), habrá que entender que también en la aplicación del artículo 315 se hace precisa la prueba del destino a la falsificación de las sustancias, útiles, etc. ocupados, sin que quepa hacer uso de la presunción contra reo que representaba el que éste «no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación».

C) Fundamento constitucional tiene también la modificación del artículo 546 bis b) convirtiendo la receptación comercial, de una presunción «iuris et de iure» de habitualidad en un subtipo agravado de la figura básica de receptación del artículo 546 bis a), por razón del reforzamiento del deber de cumplir la ley y la facilitación para el delito que nacen de la especial actividad del sujeto activo, pues representa una forma profesionalizada de delincuencia que se introduce en el circuito de comercialización, permitiendo una mejor distribución y aprovechamiento de las «res delictivae».

El Tribunal Supremo había declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 546 bis b) en la redacción introducida por la Ley de 9 de mayo de 1950 por vulnerar la presunción de inocencia (Ss. 25-I-V y 23-IX-1985, 8-II-1986, 3-XII-1988). La reforma viene a poner fin a esa condición de inconstitucionalidad del precepto, que lo hacía inaplicable, dejando así sin adecuada sanción un sector delictivo de gran incidencia criminológica, en cuanto favorece y propicia la propia realización de los atentados directos a la propiedad, al asegurar la ulterior disposición de las cosas sustraídas.

La Jurisprudencia anterior sigue siendo válida en cuanto a la precisión de los sujetos activos cualificado para cometer este subtipo. La única modificación esencial es la exigencia de que los establecimientos citados en el tipo se pongan al servicio del delito de receptación. Con ello, de un lado, se excluyen de la agravación los actos realizados por el sujeto cualificado al margen de su actividad comercial, como por ejemplo si adquiere las cosas para sí y no para su comercialización en el establecimiento o si no ha hecho uso de éste para consumir la receptación penada; y, de otro, se hace necesario no sólo el uso formal del establecimiento sino un cierto aprovechamiento de las ventajas que el mismo ofrece para la realización del acto receptor.

La antigua Jurisprudencia, que exigía que los efectos receptados fueren de la misma o análoga naturaleza que los que son objeto de comercialización en el establecimiento abierto al público (así Ss. Tribunal Supremo 22-IV-1953; 26-VI-1954; 26-IX-1956; 30-I-1960, 19-XI-1981, entre

otras), debe entenderse también aplicable en el ámbito del nuevo precepto, por cuanto de ser de naturaleza distinta y salvo que conste expresamente que se han adquirido para expenderlo en aquél, no puede decirse que se ha utilizado el establecimiento para ponerlo al servicio del acto receptor.

VII

El nuevo tratamiento de la imprudencia punible

Con una mezcla de razones doctrinales y pragmáticas, la LO 3/1989 ha incidido en el tratamiento penal de la imprudencia por una triple vía: la despenalización de un amplio sector de esas conductas (todas las que produzcan un resultado que sería constitutivo de falta y los daños en cuantía inferior a la del seguro obligatorio); la descriminalización de otro grupo, que pasa a convertirse en contravenciones (todos los daños que sean constitutivos del delito causados por imprudencia simple con infracción de reglamentos) y la privatización de la persecución penal, al convertir otro gran sector en ilícitos penales sólo perseguibles a instancia del perjudicado.

En esta reforma influyen, de un lado, las nuevas tendencias a acentuar el principio de intervención mínima del derecho penal, expresadas en las Recomendaciones del Consejo de Europa, especialmente la R (87) 18, sobre la adopción por los países miembros de medidas tendentes a procurar la aplicación del principio de oportunidad o, en su caso, a acentuar la concesión a los particulares de la facultad de renunciar a la iniciación de un juicio penal o de poner fin al ya iniciado; y de otro, las propias necesidades de la saturación de la justicia penal española por la persecución de las imprudencias, en especial las de tráfico, que había obligado ya en la práctica a los Jueces y Fiscales a hacer una subrepticia aplicación de aquellos mismos principios, sobreyendo los asuntos en que se había producido la renuncia de las indemnizaciones o degradando a falta comportamientos cuya imprudencia no se apreciaba o se consideraba benévolamente como no severa, aunque concurriera una infracción reglamentaria, difícilmente excluible en las imprudencias de tráfico. Con la reforma se hacen innecesarias esas desviaciones de las estrictas consecuencias de la legalidad, en busca de lo que se entendía era la justicia material y es de esperar se recuperen los criterios de primacía de la legalidad y la prevención general, sancionando en sus propios términos los comportamientos culposos de mayor gravedad que, por ser además perseguibles con carácter público, deben merecer la especial atención de los señores Fiscales.

A) El tratamiento penal y procesal de la imprudencia tras la reforma

El esquema de la vigente situación penal de la imprudencia, acomodado a aquellas notas que se han señalado a la Reforma, podría quedar trazado así:

A') Desde el punto de vista sustantivo:

a) Se sanciona como *delito*:

a') La *imprudencia temeraria* únicamente (art. 565 párrafo 1). Cuando el resultado sea de daños, su cuantía ha de exceder de la del seguro obligatorio (art. 563 párrafo 2, en relación con el 565 párrafo 1).

b') *Se agrava la impericia o negligencia profesional* cuando se produzcan muertes o lesiones por los resultados previstos en los artículos 418, 419 o 421.2 (art. 565.2, inciso primero).

c') Esa agravación se exagera cuando el mal causado por esa imprudencia profesional fuere de extrema gravedad (art. 565, párrafo 2, inciso segundo).

d') Se conserva la penalidad específica para las imprudencias cometidas con vehículos de motor, de la privación del permiso de conducir de tres meses y un día a 10 años (art. párrafo 3), pena que es propia de esas infracciones y no está afectada por los límites del párrafo 4 (Vid. STS 21 de marzo de 1989).

e') Se mantiene la penalidad básica de prisión menor, pero subordinada a la del delito doloso, no pudiendo aplicarse aquella ni las agravadas de la imprudencia

profesional, cuando sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso se aplicará la inmediata inferior a esta última en el grado que el Tribunal estime conveniente (art. 565, párrafo 4). Con ello queda clarificada la duda de si la pena a rebajar era la del delito doloso o la de la imprudencia, que había originado jurisprudencia contradictoria. Los Señores Fiscales tendrán en cuenta que, cuando la pena del delito doloso sea plural, se deberán degradar todas las señaladas conjuntamente, permitiéndose en tal caso que la multa descienda del límite de las 100.000 pesetas que establece la frontera entre la grave y la leve, siempre que la conjunta mantenga su condición de grave.

f) Continúa la concesión de un amplio arbitrio al Tribunal en el señalamiento de la cuantía de la pena, que no se sujeta a las reglas del artículo 61 (art. 565, último párrafo).

b) Se castiga como falta:

a') La imprudencia simple con resultado de males a personas que de mediar dolo constituiría delito (art. 586 bis, inciso segundo). Se agrava la pena si esta imprudencia simple va acompañada de infracción de reglamento (art. 586, inciso primero).

b') La imprudencia simple antirreglamentaria que cause daños a las cosas cuyo importe exceda de la cuantía del seguro obligatorio (art. 600).

c') La pena de privación del permiso de conducir, antes exclusiva de la falta de imprudencia contra las personas, se extiende también a la de las cosas, pero su imposición se hace potestativa. Es más, de la forma de redacción del precepto «...podrá imponerse además...» parece que la regla general es la no imposición de tal pena y la excepción la imposición de la misma, cuando las circunstancias del caso hagan a su autor acreedor de ellas.

c) Son atípicos y carecen por ello de ilicitud penal:

a') Toda clase de imprudencia -temeraria simple antirreglamentaria o simple sin infracción de reglamentos- que produzca resultados tipificados como falta.

b') Los daños causados por cualquier clase de imprudencia, que no excedan de la cuantía del seguro obligatorio.

c') Los daños que excedan de la cuantía del seguro obligatorio pero estén causados por imprudencia simple no acompañada de infracción de reglamento.

d') Los resultados delictivos previstos en el libro segundo del Código que no integren males a las personas o daños a las cosas -así, las falsedades, por ejemplo- y que estén causados por simple imprudencia, sea o no antirreglamentaria.

Con ello se ha recuperado para el artículo 1902 del CC un terreno de aplicación que le era propio y que estaba notoriamente reducido tras la reforma de 1967, que había acrecentado en exceso el ámbito penal de la imprudencia al castigar todos los resultados, incluso los constitutivos de mera falta, aunque fuesen cometidos por imprudencia simple. A esto alude el Preámbulo de la LO 3/1989, cuando da como una de las razones de la Reforma el exceso de presencia en esta materia del aparato punitivo, demostrado por el solapamiento entre la culpa contractual civil y los ilícitos penales, pues la intervención del Derecho Penal comenzaba prácticamente a la vez que aquella ilicitud civil.

B') *Desde el punto de vista procesal.* En este aspecto es característica de la reforma de LO 3/1989 el cambio de naturaleza pública a semipública de un gran elenco de las infracciones.

a) Mantiene su naturaleza de delito público la imprudencia temeraria, incluida la profesional y la de tráfico, salvo que produzca exclusivamente un resultado de daños.

b) Se convierten en semipúblicos:

a') La imprudencia temeraria constitutiva del delito, cuando el resultado sea de daños (art. 563, párrafo 2, inciso segundo).

b') Las faltas de imprudencia, tanto las causantes de males a las personas (art. 586 bis, párrafo último), como de daños a las cosas (art. 600, párrafo último).

Este cambio de naturaleza plantea problemas en el terreno de la legitimación y en el de la extinción de la responsabilidad penal por el perdón, de que se ocupa otro capítulo de esta Circular.

B) La naturaleza de la imprudencia punible y la cuestión de la multiplicidad de resultados causados por una misma acción imprudente

Al margen de la sustitución del tradicional vocablo «malicia», por el más actual de «dolo», recuperándose así la congruencia con la definición del artículo 1.º, el párrafo 1 del artículo 565 mantiene su redacción, con lo que sigue abierta la polémica sobre si tal precepto define un «crimen culpae» unitario, esto es, un delito de imprudencia; o contiene una fórmula general que permite considerar en nuestro Código tantos «crimina culposa» como delitos aparecen tipificados en su Libro II, cuando sean cometidos por imprudencia y no por dolo. La cuestión adquiere más trascendencia tras la Reforma, pues afecta a un problema: el de la unidad o pluralidad de delitos cuando una sola acción imprudente produzca múltiples resultados y, en especial, cuando esos resultados son unos perseguibles de oficio mientras otros exigen la previa denuncia del perjudicado.

Aunque la rúbrica del Título XIV (de la imprudencia punible), la unidad de pena señalada a la conducta, con independencia de la mayor o menor gravedad o naturaleza del resultado producido (al margen de las reglas correctoras para impedir que esa penalidad sobrepase la del delito doloso -no de los «delitos dolosos»-, lo que viene a reforzar el argumento de que se prescinde de la verdadera ontología de ese delito, que queda convertido en mero término referencial o complementador del tipo de imprudencia punible) y aún de ciertos usos del foro, que suelen hablar de «un delito de imprudencia del que resultó...», parecen avalar la primera solución, el hecho es que cada día más la doctrina se inclina a favor de la segunda y considera que el artículo 565 contiene una fórmula general que autoriza a sancionar por culpa los delitos originariamente definidos en el libro II como dolosos, y cuya comisión imprudente también quería establecer el legislador, pero eligiendo la técnica de la autorización genérica en lugar de la más prolija de la doble tipificación -dolosa y culposa- de la misma conducta productora del resultado vetado.

Ciertamente hay aspectos de la cuestión y sus consecuencias que aún no se han decantado en la doctrina y la «praxis» jurisprudencial, pero, por lo mismo, es de lamentar que no se haya aprovechado la oportunidad para dejar clarificado el criterio del legislador al respecto, lo que permitiría abordar con mayor acomodación a ese criterio problemas como los apuntados. El legislador parece haber preferido mantener inmutable lo que el Preámbulo denomina «peculiarísimo sistema», aunque reconozca que está «destinado a desaparecer en su día cuando un nuevo y completo Código Penal pueda establecer el sistema de incriminación singularizada de las formas culposas de determinados delitos». Con ello, y entre tanto esto no se produzca, es menester adoptar una decisión para que la actuación y peticiones del Ministerio Fiscal sean unitarias en la materia de forma que, a través de las limitaciones que a los Tribunales impone el sistema acusatorio imperante en el procedimiento abreviado por el que han de perseguirse esos delitos, se eviten en lo posible resoluciones contradictorias sobre los mismos temas, que en nada favorecen la credibilidad y aceptación de la justicia por parte de los destinatarios de la misma, y que pudieran resultar desigualmente tratados según sea la corriente doctrinal, de las dos apuntadas, que siga el Tribunal ante el que se vea su caso, pues las consecuencias son diferentes según el criterio que se adopte sobre aquella naturaleza del artículo 565.

a) Para quienes sólo quieren ver en el artículo 565 la expresión de una forma de culpabilidad -la culposa- que integra los tipos de la Parte especial, de producirse con la acción imprudente varios resultados típicos habrá tantos delitos como resultados, siendo de aplicación las reglas sobre el concurso de delitos, singularmente las del artículo 71, puesto que una sola acción produce varios delitos distintos.

Para ser congruentes las consecuencias de esa tesis han de trascender a todo el tratamiento de la imprudencia, produciendo las siguientes consecuencias:

a') En el área de la penalidad, y puesto que el artículo 565 sólo excluye la aplicación de las reglas del artículo 61 pero no las de los restantes artículos determinadores de la penalidad, obligará a aplicar la pena del delito más grave en su grado máximo, salvo que exceda de la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos en concurso conforme establece el artículo 71. Como quiera que son relativamente frecuentes los hechos imprudentes que producen varios homicidios, lesiones y daños, la penalidad correspondiente excede de la que debiera ser propia del delito y convierte los resultados azarosos en una medida de la pena, rompiendo tanto con el criterio de desvalor de la acción, como con la regla de que la «culpabilidad es la medida de la pena», pues a idéntica culpabilidad y acción se impondrá pena distinta en razón del múltiple resultado -no intencional- causado, cayendo así en una primacía del «desvalor del resultado», que contradice el sentido de las últimas Reformas.

b') Cuando de daños se trata, se postula por los seguidores de esta postura en base al carácter semipúblico de estas imprudencias, que habrá tantas infracciones como titulares de las cosas dañadas, esto es, que no se debe valorar el daño causado en su conjunto sino los daños causados a las propiedades de cada perjudicado. Ello quiere decir que, tanto a los efectos del señalamiento del límite del Seguro Obligatorio, como a los de la persecución del hecho en su totalidad o fraccionado, habrá de estarse a cada daño causado y a la presentación de denuncia previa por parte del titular de la cosa dañada (perjudicado), existiendo, además, tantos delitos de daños culposos, como cosas dañadas más allá de los límites del Seguro Obligatorio pertenecientes a distintos dueños, esto es, a distintos perjudicados que puedan o no denunciar el hecho. Se invoca a favor de esta tesis la Disposición Adicional 4.º que permite, en los casos de procesos por infracciones semipúblicas, la comparecencia en las diligencias penales incoadas por reclamación de un tercero de «aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, aunque la cuantía de los daños que reclamen no excedan del Seguro Obligatorio».

Ciertamente esa solución discrepa de la que es propia del delito de daños dolosos, en el que se considera un solo delito de daños los causados por una única acción, aunque los perjudicados puedan ser múltiples, y ello sin necesidad de acudir al delito continuado, que por definición exige una pluralidad de acciones que aquí no se dan. En efecto, siguiendo el criterio de la unidad de acción-unidad de delito, cuando el bien jurídico lesionado es el mismo, hay un único delito, sin confundir bien jurídico en abstracto con los derechos dominicales concretamente dañados, y no se olvide que el párrafo 2.º del artículo 563 se remite a «los daños a que se refiere el párrafo anterior», esto es, que los daños son los mismos, sean causados por dolo sean por imprudencia y deben recibir análogo tratamiento técnico jurídico, sin que quepa dar soluciones distintas en orden a la unidad del delito a los daños culposos y a los dolosos. Someter la unidad de delitos y la propia estructura del tipo a un mero accidente adjetivo, como es la exigencia de denuncia para perseguirlo, constituye una desviación dogmática poco acorde con las normas sustantivas del proceso penal. Ello sin olvidar que, si denuncia uno de los perjudicados, el requisito de perseguibilidad del delito se cumple y se cumple para la totalidad de ese delito, que no debe ser fraccionado en función de que el daño único producido afecta a uno o a varios sujetos pasivos.

Incluso el propio término de perjudicado es ambiguo, pues aún con la destrucción de una única cosa pueden resultar perjudicados titulares distintos, si sobre la misma, además del derecho de propiedad, recaen otros derechos de goce o garantía (usufructo, arrendamiento, hipoteca, etc.). ¿Quiere ello decir que también aquí la destrucción de la cosa única por una acción imprudente constituye tantos daños como perjudicados? ¿O que no basta para perseguir el total daño con la denuncia de uno de ellos, si los demás no la formulan?

Como se ve, la tesis de la pluralidad plantea demasiadas cuestiones discutibles como para ser aceptada, invirtiendo lo que hasta ahora ha sido la doctrina jurisprudencial dominante.

De otro lado, la Disposición Adicional 4.^a aparte admitir otras lecturas -permitir personarse a no perjudicados por actos ilícitos penales, por ejemplo los titulares de cosas que sufren daños inferiores al límite de la tutela penal, cuando se hayan causado además muertes o lesiones integrantes de la falta del artículo 586 bis; o a los que sufran perjuicios indemnizables, no integrantes de daños propios- deja sin solucionar el supuesto de aplicación del artículo 565 de oficio, por concurrencia de otros resultados perseguibles de tal modo y que silencia la citada Disposición adicional, aunque evidentemente también aquí deberá darse al caso análoga solución procesal, esto es, admitir la personación de otros perjudicados, aunque los daños que reclamen no excedan de la cuantía del Seguro Obligatorio.

c') De fraccionarse los delitos, quiere decir que cada uno seguirá su vicisitud procesal y que la denuncia formulada por uno de ellos no afecta a la prescripción de los no denunciados, lo que en cierto modo sería contradictorio con lo prevenido en la Disposición Adicional 4.^a, que admite el personamiento, sin exigir la previa denuncia en el procedimiento ya iniciado por tercero.

b) Los que parten de la consideración del artículo 565 como una infracción con naturaleza propia, consideran que en él, al igual que en todos los delitos culposos, el injusto de estos delitos radica en el desvalor de la acción, con lo que el resultado sólo actúa en ellos como una condición objetiva de punibilidad, ya que el actuar imprudente sólo se sanciona si se causa un resultado. El resultado limita su función a dar relevancia jurídico-penal a la infracción del deber objetivo de cuidado y la gravedad o pluralidad de ese resultado ni aumenta ni disminuye la gravedad de aquella infracción. En otras palabras, la imprudencia no admite formas imperfectas y sólo se sanciona al producirse un resultado y, como basta un resultado para perfeccionarla, todos los demás son sobreabundantes e irrelevantes para la existencia del delito, aunque puedan entrar en consideración en el área de la responsabilidad civil.

Esta es la tesis jurisprudencial, que siguen también muchos de nuestros penalistas, y tras la reforma encuentra apoyo en las propias expresiones, tanto del 565, cuando en el párrafo 2.^o hace referencia a que «el mal causado sea de extrema gravedad», incluyéndose en esa gravedad los resultados plurales; como en el artículo 340 bis c), al decir «cuando se ocasionare además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada»; y, ya para los daños culposos el 2.^o párrafo del artículo 563 que, como quedó dicho, se remite a los daños del párrafo anterior, esto es, a los dolosos, que se tipifican como unitarios independientemente de que afecten a más de una cosa y causen perjuicio a más de un titular.

Las consecuencias de esta tesis son:

a') Que existe un solo delito de imprudencia, con una única pena, cualquiera que sean los resultados causados, correspondiendo aquella pena al resultado de mayor gravedad, cuya sanción absorbe la de los demás.

b') Que en el caso de múltiples daños, el importe a tomar en cuenta para dar relevancia al hecho -esto es, el que debe exceder de la cuantía del seguro obligatorio- es el de la suma de los daños causados. De otra forma, resultados catastróficos, como los de incendio de sustancias inflamables, explosiones, emisiones corrosivas, etc. podrían quedar sin entidad penal, por graves y elevados que fueran los daños causados, cuando esos daños que afectaren a múltiples perjudicados, individualmente tasados no rebasaran el importe del seguro obligatorio, solución que iría contra el principio de desvalor de la acción y deja en exceso al juego del azar la sanción de las conductas imprudentes causantes del daño, por lo que debe rechazarse.

c') Iniciado de oficio un procedimiento por la causación de males así perseguibles, o iniciado por denuncia de un perjudicado un procedimiento por ilícito semi-público, se interrumpe la prescripción para el conjunto delictivo. Otra cosa es que, por razones procesales y de primacía de la voluntad privada, dejen de perseguirse e incluso indemnizarse en vía penal aquellos extremos de los hechos que afecten a perjudicados que decidieren no mostrarse parte o renunciar a tal derecho.

Sin pretender resolver la polémica, ante la necesidad de que el Ministerio Fiscal adopte una posición unitaria en el tema, los Fiscales continuarán calificando esos hechos como había venido haciéndose hasta ahora de acuerdo con la doctrina sentada por el TS, y en consecuencia:

1.º) Calificarán un solo delito e imprudencia, cualquiera que sea el número de resultados causados por la acción culposa, aplicando la pena correspondiente al más grave de ellos y valorando los restantes en el área de la responsabilidad civil para interesar las oportunas indemnizaciones.

2.º) En el caso de múltiples daños, tomarán todos en su conjunto para determinar si el hecho tiene o no tipicidad penal, por exceder el total importe de esos daños de la cuantía del Seguro Obligatorio, sin perjuicio de perseguir tan sólo el hecho cuando haya sido denunciado por algún perjudicado; así como interesar la reparación de aquellos perjuicios cuyos titulares hayan expresado su voluntad en tal sentido o se hayan personado posteriormente en la causa.

3.º) Iniciado en tiempo hábil un procedimiento por denuncia de un perjudicado de una de las faltas de los artículos 586 bis y 600, perseguirán los restantes resultados correspondientes a perjudicados que posteriormente comparecieran en el procedimiento, aunque esa comparecencia se produzca después de los dos meses de la comisión del hecho, señalados en el artículo 113 como término de prescripción de la falta, prescripción que deberá entenderse interrumpida, para el hecho como único, por la inicial denuncia producida dentro de aquel plazo.

C) La determinación de los daños imprudentes punibles: El límite del Seguro Obligatorio

Frente a la polémica entre quienes defendían la conveniencia de despenalizar todos los daños culposos en función del principio de intervención mínima, dejando su reparación a la vía civil, como mecanismo suficiente para tutelar los bienes jurídicos patrimoniales frente a esas lesiones puramente económicas; y los que sostenían la tesis de la necesidad de mantener la tutela penal, al menos frente a los comportamientos más graves por revelar la suma negligencia o temeridad del causante del daño, entendiéndose que las normas civiles eran suficientes para ejercer una función preventiva frente a tal clase de comportamientos nocivos, la Ley Orgánica 3/89 ha optado por una vía intermedia, exigiendo para la punición de los daños culposos una doble condición: la primera, subjetiva, referente al desvalor de la acción del sujeto, de forma que cuando menos su infracción de los deberes de cuidado ha de tener cierta entidad al requerir que puede calificarse de comportamiento de imprudencia temeraria o, al menos, si bien degradada al ámbito contravencional, de imprudencia simple con infracción de reglamentos; otra objetiva, referida al desvalor de resultado, al exigir que el daño causado tuviera especial relevancia, reflejada ésta en la cuantía económica de ese daño.

Sin embargo, para la determinación de esa cuantía, se eludió elegir un módulo objetivo fijo y expresamente especificado en el tipo y se optó por seguir la técnica de los preceptos en blanco, remitiendo ese módulo a lo que la Ley llama «la cuantía del Seguro Obligatorio», con lo que, amén otras consecuencias técnicas negativas, se ha caído en la confusión y la indeterminación.

Desde el punto de vista técnico se ha advertido la improcedencia de la remisión a una materia regulada por vía de Decreto, dejando así al Ejecutivo la facultad de alterar el contenido de un precepto penal y despenalizar un sector de las conductas en él subsumibles, con sólo modificar reglamentariamente los límites del Seguro Obligatorio. Aunque la penalidad de los tipos de daños culposos, esencialmente pecuniaria, no afecte a derechos fundamentales, no exigiendo por ello la reserva de la Ley Orgánica, sí se han expresado dudas de inconstitucionalidad por razones de inseguridad jurídica, dudas que olvidan que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 220/80, de 30 de marzo, aceptó como constitucional la técnica de las leyes penales en blanco, cuando el contenido de la norma de remisión con rango de ley contenga suficientemente definida la conducta y especifique en términos claros el contenido de la norma remitida.

Aun cuando el sistema puede ser defendible desde el punto de vista constitucional y hasta la practicidad de elegir un medio que vaya corrigiendo los posibles desfases de la norma, frente a

los efectos de la desvalorización monetaria, ya no lo es tanto desde el punto de vista de su plasmación en la redacción de los tipos, pues se ha hecho con tal imprecisión que ha sido fuente de una serie de dudas:

a) La Ley limita a exigir que la cuantía (art. 563, párrafo 2.º) o el importe (art. 600) de los daños exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio, pero sin especificar a cuál de los términos económicos del contrato se refiere esa cuantía, si a la de la prima o a la de la indemnización cubierta. Incluso los diversos seguros obligatorios tienen diversas cuantías en función de los riesgos cubiertos, por lo que se deja impreciso si la cuantía de los seguros obligatorios se refiere al máximo del riesgo cubierto (generalmente muerte o incapacidad permanente) o al máximo de los riesgos del seguro de daños materiales. Es evidente que una interpretación finalista de la norma debe conducir a entender que lo que la Ley exige es que el importe del daño exceda de la cuantía máxima cubierta por el Seguro Obligatorio respecto a los daños materiales.

b) En nuestra legalidad no existe un solo Seguro Obligatorio, de forma que la mera invocación del mismo deja sin precisar cuál es la norma de reenvío o que debe llenar la laguna. Ahora bien, en el Anexo de esta Circular se contiene el elenco de los seguros impuestos legalmente de forma inexcusable, esto es, los Seguros Obligatorios vigentes en nuestro Derecho positivo, y obsérvese que en todo ese elenco sólo hay un Seguro que de forma obligatoria cubra el riesgo de daños materiales, que es el Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, que a partir de RD 2641/86, de 30 de diciembre, acomodando los términos de tal Seguro al Decreto Legislativo 1301/86, de 28 de junio, que adaptó nuestra legalidad en la materia al Derecho Comunitario, vino incluyendo en dicho Seguro los daños materiales, hasta entonces no cubiertos en forma obligatoria, señalando como límite máximo de la cobertura el de 2.200.000 pesetas.

Todos los demás Seguros Obligatorios cubren sólo daños a las personas y en algún otro supuesto en que, como ocurre con los riesgos nucleares, se obliga a garantizar el abono de los daños materiales causados por un accidente nuclear, tal garantía puede adoptar opcionalmente la forma de Seguro o la de un depósito en metálico constituido en la Caja General de Depósitos, por lo que el Seguro no es propiamente obligatorio al ser optativo acudir a él, pudiendo garantizarse el pago de los aleatorios daños por otros medios.

Con esos antecedentes una interpretación sistemática de nuestra legalidad vigente debe conducir a la conclusión que el Seguro Obligatorio a que se refieren los artículos 563 y 600 del C. P. es el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, único de suscripción obligatoria que cubre los riesgos de las cosas, esto es, los daños materiales, hasta un máximo de 2.200.000 pesetas.

c) La referencia al límite del Seguro Obligatorio plantea todavía otra cuestión: ¿los daños penalizados son los que pertenecen a la categoría de los cubiertos precisamente por ese Seguro Obligatorio, quedando fuera del tipo los daños de toda naturaleza, esto es, los no cubiertos por un seguro imperativamente impuesto o cubiertos sólo por un seguro voluntario; o debe entenderse que la remisión al límite del seguro obligatorio integra la norma en orden a la cuantía de cualquier daño, siendo típicos todos los que exceden de tal cuantía, estén o no cubiertos por un Seguro Obligatorio?

Ni el Preámbulo de la Ley ni ésta, aclaran la cuestión, pero aparte de la ruptura con el principio de igualdad que representaría el considerar sólo una clase de daños imprudentes (los de Tráfico en este caso) dejando impunes los causados por otras actividades tan o incluso más arriesgadas, en función tan sólo de un accidente de la normativa administrativa (que se cubran o no por un seguro obligatorio), es evidente que, sea perfecto o no el sistema, tanto el artículo 563 como el 600 no distinguen las clases de daños imprudentes que en ellos se sancionan (más aún, volvemos a insistir, el artículo 563 dice expresamente que son los del párrafo anterior, esto es, cualquier clase de daños a las cosas) y los antecedentes de la discusión parlamentaria del precepto y la corriente doctrinal mayoritaria interpretativa del mismo señalan hacia el entendimiento de la remisión a la cuantía del Seguro Obligatorio como una fijación del módulo cuantitativo diferenciador de los daños punibles y los impunes, que actúa con carácter general para cualquier tipo de daño imprudente, sea cual sea la fuente de su producción. En otras palabras, que todos los daños imprudentes cuyo importe exceda de 2.200.000 pesetas,

límite fijado por el único Seguro Obligatorio que cubre los riesgos a las cosas -causados por imprudencia temeraria o por imprudencia simple con infracción de reglamentos- son punibles en los términos que en los artículos 563, párrafo 2 y 600, si denuncia uno de los perjudicados, independientemente de que se hayan causado con un vehículo de motor o con otro mecanismo productivo y de que estén o no cubiertos por un Seguro Obligatorio concreto.

En consecuencia los Fiscales deben:

1.º Entender que el límite del Seguro Obligatorio citado en los artículos 563 y 600 C.P. es el señalado por el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, respecto a los daños materiales, que en estos momentos está cifrado en 2.200.000 pesetas.

2.º Entender que ese límite se refiere a cualquier clase de daño causado por imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos, fuere cual fuere la clase de actividad negligente que lo ocasionare, esto es, que aquellos preceptos sancionan todos los daños culposos causados con aquellas clases de imprudencia.

3.º Computar, como ya se ha dicho y para fijar si el resultado excede o no del límite legal, la totalidad de los daños causados por una misma acción imprudente, independientemente de que las cosas dañadas pertenezcan a un único o varios titulares.

D) Algunos problemas de penalidad en el artículo 565

El análisis hasta aquí hecho de la imprudencia punible no agota todos los problemas que plantea la interpretación de la nueva redacción del artículo 565, en especial en las remisiones que hace a los nuevos tipos de lesiones.

a) La determinación de la penalidad de las lesiones ordinarias imprudentes previstas en el artículo 420 no deja de plantear dudas dado el tratamiento punitivo alternativo que se establece en los dos párrafos de ese artículo. En cualquier caso la pena del párrafo 1.º del artículo 565 dejará de imponerse, por ser igual o superior a la del delito doloso, pero queda por determinar cuál de las penas señaladas a ese delito, la del párrafo 1.º o la del párrafo 2.º del artículo 420 (e incluso dentro de éste, cuál de las dos alternativas, si el arresto mayor o la multa) debe degradarse.

En principio, de los dos módulos que fija el párrafo 2.º del artículo 420 para establecer la pena, el de la naturaleza de la lesión y el de las circunstancias del hecho, en el terreno de la causación culposa máxime exigiendo el artículo 565 ya de entrada la mayor intensidad de la culpa, esto es, la imprudencia temeraria sólo en casos extremos en que la temeridad no sea acentuada pudiera tomarse en cuenta, atendiendo a las circunstancias del hecho, por lo que el único módulo a valorar más generalmente es la naturaleza de la lesión cuando, sin ser de un lado obviamente ninguna de las del número 2.º del artículo 421, esa lesión no revista cierta gravedad. Sin embargo invirtiendo los términos del párrafo 2.º del artículo 420, debiera aplicarse el párrafo 1.º cuando las circunstancias del hecho revelen un mayor desvalor de acción a la lesión causada adopte una gravedad que origine un aumento en el reproche de la conducta y su resultado.

Para ello y en aras de unos criterios unitarios de actuación y como regla general los Sres. Fiscales deberán tener en cuenta:

1.º En la calificación de las lesiones imprudentes que, además de la primera asistencia facultativa requieran ulterior tratamiento médico o quirúrgico, deberán solicitar en principio pena de multa (la inferior en grado a las señaladas en el párrafo 2.º del artículo 420).

2.º Si las lesiones causadas revistieran especial entidad o la imprudencia causante fuere excepcionalmente grave, se invocará, el párrafo 1.º del artículo 420, solicitando pena de arresto mayor.

b) La impericia o negligencia profesional que produjeran lesiones de los artículos 418, 419 y 421, número 2.º, plantea también ciertas cuestiones:

a) En primer lugar no deja de ser sorprendente la referencia a los artículos 418 y 419 que contienen tipos de lesiones que han de ser expresamente producidas «de propósito», lo que inicialmente excluye la posible causación culposa. La cuestión se resuelve teniendo en cuenta que el párrafo 2.º del artículo 565 se remite, no a los tipos de los artículos 418 y 419 (y eventualmente del 421, número 2.), sino a los resultados previstos en tales artículos, que son precisamente los resultados de lesiones de especial gravedad. La técnica puede no ser perfecta, pero no deja de ser un mecanismo de economía legislativa que evita citar en el artículo 565 todos aquellos resultados que determinan la agravación de la pena de imprudencia profesional.

Ahora bien, esa interpretación no resuelve todas las cuestiones:

1.º Porque la cita de los resultados del artículo 421 es inoperante, ya que fijada la pena de prisión menor de ese tipo en sus grados medios o máximo, resulta ser pena más leve que la de prisión menor en su grado máximo, que señala el 2.º párrafo del artículo 565, con lo que entra en juego la regla reductora de su párrafo 3.º, dejando así sin efecto en ese supuesto la mayor punición de la imprudencia profesional. La única interpretación que puede salvar esa aparente antinomia es la de considerar que, en todo caso, la pena inferior en grado a la del delito doloso habrá de imponerse en su grado máximo cuando concorra impericia o negligencia profesional, esto es, la pena de las lesiones del artículo 421, número 2.º, causadas por imprudencia temeraria profesional, será la de prisión menor en su grado mínimo (máximo de la que corresponde a la inferior en grado de la pena tipo del artículo 421, que es la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo), cumpliendo así lo ordenado en el párrafo 2.º del artículo 565 de imponer en su grado máximo las penas señaladas en este artículo (esto es, tanto la pena del párrafo 1.º como las que puedan resultar de la aplicación de la regla del párrafo 3.).

2.º Hay una serie de resultados lesivos que aparecen incluidos a la vez en el artículo 421, 2.º y en los 418 (pérdida o inutilización del miembro principal, privación de la vista o del oído, grave enfermedad somática o psíquica, pérdida o impedimento de un miembro, órgano o sentido, impotencia somática o psíquica incurable) o en el 419 (esterilidad, deformidad, pérdida o inutilidad de miembro no principal). En estas condiciones, cuando el resultado aparezca a la vez incluido en el artículo 421, 2.º y en los 418 y 419, ¿cuál es la penalidad del delito doloso que se ha de tomar como referencia para aplicar o no la regla 3.º del artículo 565? La cuestión no es fácil de resolver, ya que de un lado y como se ha visto, la mayoría, cuando no la casi totalidad de los resultados de los artículos 418 y 419, aparecen también en el 421, 2.º, de modo que si, siguiendo el principio «pro reo», se acudiera siempre a este último precepto como más favorable, se vaciaría de contenido la remisión que el párrafo 2.º del artículo 565 hace a los resultados de los artículos 418 y 419; de otro, no todos los resultados comprendidos en los tres preceptos revisten igual gravedad, pues si la pérdida de un miembro o sentido, la impotencia o la esterilidad, o la grave enfermedad somática o psíquica pueden justificar la imposición de la pena agravada en la impericia profesional, de acudir siempre al precepto más grave, se darían supuestos como el de la deformidad cuya causación imprudente por impericia o negligencia profesional resultaría más gravemente penado (prisión menor en su grado máximo) que si fuera causado por dolo indirecto o eventual y por ello subsumible en el artículo 421, número 2.º (la pena sería prisión menor en su grado medio o máximo).

En estas condiciones habrá que adoptar un criterio que, apartándose de la regla del artículo 68, se acomode al principio de que «la culpabilidad debe ser la medida de la pena»; teniendo en cuenta que lo justifica la elevada penalidad señalada en los artículos 418 y 419 es precisamente la finalidad de la acción dirigida a producir expresamente el resultado típico y que, cuando esa finalidad o dolo directo falta, la pena se acomoda a la menor culpabilidad en el artículo 421, 2.º, con lo que, como tal finalidad o dolo de propósito falta por definición en las acciones imprudentes, incluso las de origen profesional, la pena de la impericia o negligencia

profesional causante de un resultado comprendido a la vez en los artículos 418, 419 y 421, 2.º, debe ponerse en relación con la de este último precepto.

En consecuencia:

1.º Sólo cuando se trata de resultados de lesiones incluidos en los artículos 418 y 419, pero no expresamente en el 421, número 2.º, causados por imprudencia profesional, debe pedirse la pena de prisión menor en su grado máximo, que no excede de las señaladas en los dos primeros artículos citados.

2.º Cuando se trate de resultados de lesiones incluidos en forma expresa a la vez en el artículo 421, 2.º y en los artículos 418 y 419, causados por imprudencia o impericia profesional, deberá fijarse la pena en relación con la del primero de los artículos citados, como más conforme con el principio de culpabilidad, rebajando en un grado la señalada en el primer párrafo del artículo 421, pero imponiéndola en el grado máximo por aplicación del párrafo 2.º del artículo 565. Dentro de este grado máximo (esto es, prisión menor de seis meses y un día a dos años y cuatro meses) podrá solicitarse e imponerse la pena en mayor o menor extensión en función de la mayor o menor gravedad del resultado causado (evidentemente no es lo mismo una pequeña deformidad que la esterilidad, por ejemplo).

VIII

La reforma de las faltas

La Exposición de Motivos de la LO 3/89, señala que las modificaciones que en ella se introducen en su mayor parte, afectan al Libro III. En efecto es así en lo que a la despenalización se refiere, en cuyo terreno el principio de «intervención mínima» ha presionado a favor de una profunda revisión de la parte contravencional del Código para reducir su contenido, puesto que el legislador ha excluido expresamente la alternativa de suprimir el Libro III, sanción que el propio Preámbulo de la Ley califica de «simple y tajante», pero que entiende no puede aplicarse porque «una lectura detenida del mismo pone de manifiesto que alguno de los comportamientos que sanciona deben seguir en la esfera penal».

A) La vía de la derogación, que ha dejado sin contenido gran parte de los artículos del Libro III, no ofrece especiales dificultades, salvo el de vigilar la aplicación retroactiva de la Ley despenalizadora, interesando el archivo de todos aquellos juicios de faltas en que se persigan hechos que han dejado de ser ilícito penal.

B) Pero en el Libro III no sólo no se han derogado un buen número de faltas, sino que se ha producido la modificación del contenido de otras. De algunas de estas modificaciones más trascendentales -las faltas de lesiones y las de imprudencia- nos hemos ocupado ya al tratar de la reforma global -delitos y faltas- de esas materias. Pero restan algunos otros puntos de interés en que la reforma es trascendente y plantea nuevos problemas:

a) Las modificaciones del artículo 587, número 1 al introducir la falta de utilización de vehículo de motor ajeno, cuando el valor de lo utilizado no excediera de 30.000 pesetas, comienza por plantear la propia virtualidad del precepto por cuanto, al no modificarse el correlativo artículo 516 bis, resulta que según el primer párrafo de éste toda utilización de vehículo de motor, sea cual sea su cuantía, es delito, mientras que el 587.1 la sanciona como falta si la cuantía no excede de 30.000 pesetas. Una aplicación del principio del artículo 68 y aún del de consunción -el delito consume la falta-, obligaría a castigar siempre el hecho como delito. Pero tal solución no sólo sería contraria a la voluntad legislativa, sino al propio principio de especialidad, por cuanto en el artículo 587.1 se introduce un elemento especializante, el de la cuantía de lo utilizado, que acota, dentro del ámbito de las utilizaciones ilegítimas de vehículo de motor, aquellas en que la cuantía de lo utilizado no exceda de 30.000 pesetas, para darles un trato especial.

El mismo principio de especialidad resuelve el problema de la calificación a dar a las utilizaciones indebidas de vehículo de motor de cuantía inferior a 30.000 pesetas, cuando concurren las circunstancias especializantes de los párrafos 2 -empleo de fuerza en las cosas-,

3 -no restitución dentro de las veinticuatro horas-; y 4 -empleo de violencia o intimidación en las personas-, ya que tales elementos singularizan estos supuestos especializados, obligando a darles el trato punitivo que en aquellos párrafos se señala, independientemente de la cuantía de lo utilizado.

La otra cuestión que plantea el principio es qué debe entenderse por valor de lo utilizado.

Ciertamente, la jurisprudencia en los supuestos de hurto de uso de objetos no incluíbles en el artículo 516 bis (así, los ciclomotores), había venido entendiendo que la cuantía a tener en cuenta para calificar el hurto conforme a los antiguos artículos 514 y 515, era el valor del uso del objeto ilícitamente utilizado (vid. p. ej. STS 4-X-1976) y (28-I-1977), que bien puede ser bien el valor del combustible consumido -aunque no falta quien sostenga que en tal caso se trataría de un hurto común de ese combustible, al haber dispuesto de él, con lo que lo incorporó a su propio patrimonio- bien el valor de arrendamiento del vehículo.

Sin embargo no parece que sea ese el sentido que debe darse al artículo 587.1, ya que, de un lado, literalmente hace referencia al «valor de... lo utilizado», esto es, el de la cosa y no el de su uso o utilización; y de otro aquella interpretación vaciaría de contenido el primer párrafo del artículo 516 bis, ya que en pocas ocasiones el valor en uso de un vehículo de motor, por tiempo inferior a veinticuatro horas, excedería de la cuantía fijada como límite para la falta. Sólo si se tratara de vehículos de alta calidad y elevado valor en arrendamiento podría llegarse en su mero uso a la suma fijada, pero ello dejaría desprotegida la global masa de vehículos ordinarios y a sus propietarios, que constituyen los reales destinatarios de la protección de la norma del artículo 516 bis y los que más intensa y generalizadamente sufren estos atentados a su patrimonio y soportan mayores perturbaciones por la privación transitoria de su vehículo. No cabe pensar que el legislador haya pretendido degradar a falta un comportamiento que recibe un acentuado reproche social y causa, aunque sea transitoriamente, mayor alarma, perjuicios y repulsa, que muchos hurtos menores constitutivos de delito. Más bien parece que lo que se ha pretendido es evitar la incongruencia de que utilizaciones de vehículo de motor que, por hacerse con «animus rei sibi habendi», constituirían hurto propio, pero penado por el menor valor de la cosa (vehículos en mal estado, motocicletas viejas, etc.) como falta, se sancionen como delito por tratarse de un hurto de uso o mero «animus utendi».

Por todo ello, los Fiscales deberán tomar como módulo para la aplicación del artículo 516 bis o la falta del artículo 587, el valor en tasación del vehículo utilizado.

Innecesario es decir que también será el valor del vehículo el que debe tomarse en cuenta en los casos en que, por haberse dejado transcurrir las veinticuatro horas sin proceder a la restitución directa e indirecta del vehículo, deba entrar en juego el párrafo 3 del artículo 514 bis, o hubiera de hacerse aplicación de los artículos 515 ó 505 del C.P.

b) En relación con la falta del artículo 594 -pastoreo abusivo- se ha planteado su conexión con los daños, entendiendo algunos que la derogación de los artículos 592 y 593 han dejado sin sanción los daños causados por ganados.

Realmente la cuestión está mal planteada. El artículo 594 contempla una falta de mero riesgo, pues expresamente exige que la entrada de ganados en heredad ajena no cause daños. De producirse éstos y haberse hecho o consentido por el custodio del ganado la entrada indebida en heredad ajena, conscientemente, los daños que se produzcan serán dolosos con dolo directo o eventual, según la intención fuera aprovechar el pastoreo ajeno o sólo se aceptara tal posibilidad y se sancionará conforme al artículo 563 párrafo 1 o el 597, según fuera la cuantía de los daños producidos. En tal caso, el delito o la falta de daños consume la de peligro del artículo 594.

Sólo si la entrada fuera negligente, al ser los daños culposos y poder difícilmente exceder del límite cuantitativo que señalan los artículos 563 párrafo 2 (si la imprudencia fuera temeraria) o 600 (si fuera simple, concurriendo generalmente la infracción de los Reglamentos de Montes u Ordenanzas Municipales), queda despenalizado el hecho de los daños en cuantía inferior a la señalada y remitida su sanción al ámbito de las contravenciones administrativas, pero subsistirá la falta de riesgo que castiga el citado artículo 594.

IX

Las cuestiones procesales

La aplicación de la Ley Orgánica 3/89 ha planteado ciertos problemas de carácter adjetivo, que es conveniente abordar para una unidad de actuación procesal del Ministerio Fiscal.

A) El sometimiento de la persecución de ciertos delitos y faltas a la iniciativa del perjudicado no ha dejado de ofrecer perplejidades, ante la diversidad de la terminología empleada por el legislador. En efecto, en la reforma unas veces se utiliza la expresión de «si reclamase el ofendido» (art. 586, núms. 1 y 2); otras veces la de «mediante denuncia del ofendido» (art. 585) o «previa denuncia del ofendido» (arts. 563, párrafo 2 y 586 bis); que se convierte en «si mediante denuncia del perjudicado» en los artículos 589, 590 y 594, o es «mediante denuncia del perjudicado» en el artículo 600; sin olvidar el mantenimiento de antiguas expresiones como la del artículo 489 (-se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada designación que también se usa en el 471-) o la peculiar fórmula del artículo 443 de «basta denuncia de la persona agraviada».

Ciertamente tal variedad de expresiones, aunque puedan responder a una cuestión de estilo, trascienden la pura semántica, en cuanto, de un lado, se plantea la duda de si en unos casos se ha querido establecer un requisito de perseguibilidad, exigiendo que para iniciar el proceso se haga precisa la denuncia del perjudicado, que ha de ser previa al mismo; mientras en otro caso la denuncia es condición de punibilidad del hecho que «será castigado» sólo si mediante aquella denuncia, aunque ésta se produzca en cualquier momento del proceso, iniciado éste por la «notitia criminis», ya que la punibilidad, como cualquier otro de los elementos del delito, habrá que acreditarla en el proceso en cuyo caso, de ser correcta aquella interpretación, podría cumplirse tal requisito a lo largo del mismo.

De otra parte, los conceptos de ofendido y perjudicado por el delito tampoco son sinónimos en Derecho, ya que aunque ambas condiciones pueden coincidir en la misma persona, puede ocurrir también que el ofendido o sujeto pasivo del delito, que es en definitiva aquel en torno al que se produce la acción, no sea precisamente el titular del bien jurídico lesionado y menos aún el perjudicado. (Así en las estafas la persona víctima del engaño puede no ser el propietario de la cosa entregada mediante aquél, sino el mero detentador transitorio de la misma; y paradigmático es el homicidio, en el que la víctima u ofendido no es el que sufre los perjuicios que tal muerte causa en su entorno familiar). En suma, ofendido es la víctima o sujeto pasivo del delito, mientras perjudicado es el legitimado para instar la acción civil del resarcimiento por los daños y perjuicios de aquél derivados y que incluso puede entrar en el ámbito de tales perjuicios «a posteriori» de la consumación delictiva y de forma circunstancial (así, el establecimiento hospitalario que presta atención a la víctima lesionada).

Con ello podría resultar que, de no coincidir ambas condiciones en la misma persona, en unos casos hubiera de denunciar precisamente el ofendido, siendo irrelevante la denuncia del perjudicado, mientras en otros lo irrelevante sería la denuncia del ofendido si no denunciaba a la vez el perjudicado.

Sin embargo, parece que esas interpretaciones, deducidas de la pureza técnica, no son las más adecuadas para abordar el sistema instaurado en la L.O. 3/89 en orden al carácter público o semi-público de los delitos o faltas, que se someten a la condición de que para su castigo se dé la denuncia del agraviado. Más bien parece que el legislador, sin plantearse la trascendencia jurídica del empleo de unos u otros términos, acudió a lo que consideraba simples fórmulas de estilo, en busca de una mera elegancia gramatical. Prueba de ello y apoyo para considerar intrascendente el uso de unas u otras fórmulas, son la redacción del artículo 602 y la distinta fórmula empleada en los artículos 563, párrafo 2 y 600. En efecto, el primero de ellos dice que «en las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o representante legal» (facultad que puede asumir, como es sabido, el Ministerio Fiscal, en los casos de personas desvalidas), y se agrega que «la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención». A su vez, mientras el 563, párrafo 2, para los daños culposos cometidos por imprudencia temeraria, utiliza la fórmula «mediante denuncia», el 600,

usa para los constitutivos de falta la de «previa denuncia», sin que parezcan existir razones para que la naturaleza de la denuncia y sus consecuencias, sean distintas en uno y otro caso.

Con ello quiere decirse: 1.º Que no existe en el ánimo del legislador diferencia entre la persecución «previa denuncia» o «mediante denuncia», ya que, de un lado, parece absurdo que se transmita a los herederos la facultad de denunciar, como condición de perseguibilidad y no la de comparecer en el proceso denunciando, de estimarse que el «mediante» constituye condición de punibilidad; 2.º Que el proceso se puede iniciar con diligencias a prevención, tanto falte la previa denuncia, como la condición de mediante denuncia; y 3.º Que tampoco parecen existir diferencias en orden a la facultad de denunciar entre el ofendido o el perjudicado, sino que lo que parece es que se ha querido distinguir, en el uso del término adecuado para designar al afectado por el delito, entre faltas y delitos económicos, en los que la ofensa lleva consigo un perjudicado patrimonial y los que atentan a bienes procesales, en los que los perjuicios, de existir, son predominantemente de orden moral, siendo más patente en cambio la lesión o «agravio» del bien jurídico individual.

En suma, los Fiscales entenderán que, en cualquier caso, está facultado para denunciar en los delitos o faltas sometidos al régimen en semipúblico, tanto el sujeto pasivo de la infracción como el perjudicado por ella, aunque puedan ser personas distintas; y que tal denuncia puede ser presentada como modo de iniciarse el proceso o manifestarse esa voluntad de que el delito que a él le afecte sea perseguido en un proceso ya iniciado, bien por denuncia de terceros también ofendidos o perjudicados por el hecho, bien por desconocerse inicialmente el carácter público o semipúblico de la infracción, bien por haberse incoado diligencias a prevención al amparo de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 602.

B) Relacionado con lo anterior está el determinar el posible efecto del perdón en los delitos o faltas semipúblicos creados en la Reforma y cuando en los preceptos que los tipifican nada se dice expresamente sobre la eficacia extintiva de la responsabilidad penal del eventual perdón, ya para admitirla (como ocurre en los arts. 468, 487 y 586, párrafo 1), ya para excluirla (como dispone el 443, párrafo 2).

Ante el silencio de la Ley dentro de las normas específicas de cada tipo, habrá que acudir a las reglas generales del Libro I, en las que tanto el artículo 25, como el 112, declaran extinguida respectivamente la acción penal y la responsabilidad de esa clase por el perdón de la parte ofendida, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querrela del agraviado, exigiendo expresamente el primero de ellos, para que tal efecto no se produzca, la «disposición contraria de la Ley».

La cuestión es clara respecto a los hechos constitutivos de delito en cuya definición legal nada se diga en contrario, como son el artículo 431 o el 563, párrafo 2.

Respecto a las faltas todo será cuestión de la interpretación que se dé al término delito, utilizado en aquellos preceptos de la parte general del Código. Si se interpreta conforme al artículo 6, en su sentido estricto de infracción castigada con pena grave, esas reglas no serán de aplicación a las faltas, que quedarían así excluidas de los efectos extintivos del perdón. Si se interpreta en un sentido genérico de infracción o ilícito penal comprensivo tanto en los tipos del Libro II del Código, como del Libro III, también en las faltas semipúblicas la acción penal o la pena quedarían extinguidas por el perdón del agraviado.

A favor de esta última interpretación están los siguientes argumentos:

1.º Que las disposiciones generales del Libro I son, en principio y según su rúbrica, comunes a los delitos y a las faltas.

2.º Que de la interpretación sistemática del artículo 112, en relación con el 113, se deduce que el término delito se usa en el primero en sentido genérico, esto es, comprensivo del delito y de la falta, ya que en el 112, número 6 se dice únicamente que la responsabilidad se extingue por la prescripción del delito, pero al regular esa prescripción en el artículo 113 se entra tanto en la prescripción de los delitos como en la de las faltas, con lo que de interpretar aquel término estrictamente existiría una contradicción entre ambos preceptos correlativos.

3.º Que resultaría una anomalía punitiva, contraria al principio de intervención mínima, que el perdón del agraviado extinguiera la responsabilidad derivada de los hechos que por su mayor trascendencia se tipifican como delito y no la de los que por su menor entidad se penan como falta.

4.º Que esa contradicción sería aún más notoria si se admitiera, como es indudable, que el perdón surte los efectos de los artículos 25 y 112.6.º, en los daños cometidos por imprudencia temeraria y por ello castigados como delito y no en los causados por imprudencia simple, con infracción de reglamentos, sancionados como falta. (Piensen sobre todo en la trascendencia de ese doble criterio respecto a la pena de privación del permiso, en que las más duraderas por revelar una mayor inhabilidad del conductor podrían ser condonadas, mientras no lo podrían ser las de menor duración).

5.º Tampoco puede dejarse de tener en cuenta, aunque el argumento sólo sea de refuerzo, el espíritu de la Recomendación del Consejo de Europa R (87), del Comité de Ministros de 17 de noviembre de 1987, que pide a los Estados miembros que adopten... «la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado». Si en la Reforma de la L.O. 3/1989 se ha acogido expresamente esa Recomendación en orden a su primer extremo (facultad de renunciar a la iniciación del proceso, que queda sometido en gran número de supuestos, especialmente en el área de las faltas, al régimen de denuncia previa), es razonable pensar que el legislador también pretendió cumplir la segunda parte de la Recomendación, creyendo innecesaria la mención expresa en cada caso concreto de los efectos del perdón, por deducirse ya de las reglas generales del Código.

En consecuencia, los Fiscales mantendrán el criterio de que, salvo disposición expresa en contrario, en los delitos y faltas perseguibles únicamente previa denuncia o querrela de la persona agraviada o su representante legal, el perdón del legitimado para denunciar extinguirá la acción penal o la pena, según el estado del proceso. También tendrán en cuenta lo dispuesto en el párrafo 2 del número 5 del artículo 112, respecto a la necesidad de que ese perdón debe ser aprobado por el Tribunal, con intervención del Fiscal, cuando sea prestado por el representante legal de un menor o incapacitado.

C) Por último a pesar de que en la Instrucción 4/1989 de esta Fiscalía General del Estado, se sentaron criterios para la aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 3/1989, se reciben en aquélla noticias de aplicación contradictoria de esa Disposición en las distintas Fiscalías, en especial en orden a la continuación o no como juicio de faltas de las sometidas por dicha Ley al régimen de denuncia previa, entendiéndose en algunos casos que procede seguir con el procedimiento hasta dictarse sentencia condenatoria en el orden penal, llegando incluso algunos Fiscales a recurrir las resoluciones judiciales que aplican el criterio contrario y procediendo, en otros, a solicitarse la continuación del juicio sólo a efectos de la responsabilidad civil. Por ello, se hace preciso insistir en el criterio que de modo uniforme deben seguir todos los Fiscales al respecto.

Cualquiera que sea la opinión que a la luz de los principios de igualdad y legalidad, y aún de la propia técnica penal y procesal, pueda merecer el criterio del legislador de aplicar con efecto retroactivo lo que en definitiva es una norma procesal -el régimen de denuncia previa- sin permitir, incluso, subsanar tal requisito de perseguibilidad, que no exigía en la legislación anterior, para perseguir un hecho que era ilícito penal y que continúa siéndolo, es lo cierto que en la Disposición Transitoria Segunda la Ley parifica en su tratamiento los hechos que han dejado de ser ilícitos y los que, aun continuando siéndolo, exigen ahora para su persecución previa denuncia, entendiéndose que cuando se hubieren iniciado los procedimientos como delito o falta pública -e independientemente de que la «notitia criminis» hubiere llegado al Juez a través de denuncia o por otro medio, o incluso de que el perjudicado se hubiere personado ejercitando la acción penal- no puede considerarse adecuadamente perseguido el hecho al faltar la condición de perseguibilidad impuesta ahora y, por ende, debe dejarse sin sanción en una aplicación analógica del artículo 24 C.P., aplicación que tal vez se haya hecho más por

razones extensivas del principio «pro reo» y pragmáticas de eliminación de procesos, que por las puramente técnicas aplicables al caso, de las que tácitamente prescinde el legislador.

Ciertamente la Instrucción 4/1989 era parca en este punto, tal vez por entender que la dicción de la Ley era comprensible y no precisaba mayor aclaración. No se nos oculta que, por las razones arriba apuntadas, ciertos Fiscales se resistan a aplicar dicha transitoria en supuestos en que el perjudicado denunció en su día o si no lo hizo fue por ser innecesaria esa denuncia al haberse iniciado ya el proceso correspondiente, con lo que, de dejarse éste sin efecto en el orden penal, se crea una situación de desigualdad frente a otros ofendidos por idéntico delito o falta que, al haber sido cometidos tras la vigencia de la Ley, pueden promover su castigo. El que no se haya previsto esa posibilidad para los que, pese a haber sido víctimas de un ilícito penal de la misma naturaleza, y en su día perseguido, ven hoy que tal ilícito queda impune simplemente por el cambio del régimen procesal del procedimiento iniciado, crea una desigualdad de trato y provoca frustraciones en los afectados por la norma.

Pese a ello, estando sometido el Ministerio Fiscal al principio de legalidad; siendo la L.O. 3/1989 una Ley postconstitucional y no estando declarada la contradicción de la Disposición Transitoria Segunda de aquélla con la Constitución, obligado es acatarla y todos los Fiscales seguirán el criterio sentado en dicha Disposición, de equiparación de los hechos sometidos al régimen de denuncia previa a los que han sido despenalizados en orden a no continuar su persecución en la vía punitiva, aunque continúe el proceso iniciado hasta obtener sentencia cuyo fallo se limite a resolver sobre las responsabilidades civiles y las costas, como dispone el párrafo 2 de aquélla.

Ahora bien, ese criterio debe ser restrictivo y sólo en el ámbito en que la Ley expresamente lo dispone, esto es, en los procesos en tramitación y pendientes de fallo, que deben continuar hasta que éste se produzca en el ámbito civil, pero no a los ya terminados por sentencia firme y ejecutoria, toda vez no hay razón para que respecto a un hecho que fue sancionado porque era ilícito penal y continúa siéndolo, quede sin efecto la sentencia ejecutoria sobre él recaída, por aplicación retroactiva de una norma procesal que no regía cuando se siguió el proceso ya fenecido. Quiere eso decir que respecto a las ejecutorias de las sentencias dictadas por hechos constitutivos de delito o falta, en los que sólo ha variado el régimen de su persecución, no hay razón para dejarlas sin efecto y anular el castigo firme ya impuesto, toda vez que lo que no se puede es convertir la Disposición Transitoria citada en un indulto general encubierto, que entre otras cosas vulneraría la Constitución. Esto sin perjuicio, de un lado, de revisar las penas que hayan podido sufrir modificación favorable al reo, y, de otro, de permitir la aplicación del perdón con efectos retroactivos en los términos que en otro lugar de esta Circular han quedado expuestos.

Los Excmos. e Ilmos. señores Fiscales Jefes acusarán recibo de la presente Circular y cuidarán de su conocimiento por todos los Fiscales que de ellos dependan, así como de su estricto cumplimiento en los criterios sustentados por la Fiscalía de su Jefatura.

ANEXO

Relación de seguros obligatorios

I

Seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de suscripción obligatoria

Consiste en la obligación de todo propietario de un vehículo de motor de suscribir y mantener en vigor una póliza de seguro que cubra hasta unos determinados límites la responsabilidad civil del conductor del vehículo, es decir, la reparación de los daños corporales o materiales que con motivo de la circulación cause a un tercero.

Normas que lo regulan:

- Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo modificado por el Real Decreto Legislativo

1301/1986, de 28 de junio por el que se adapta al ordenamiento jurídico comunitario («B.O.E.» 30-6-86).

- Reglamento aprobado por el Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre («B.O.E.» 31-12-86).

- Orden de 16 de marzo de 1987 por la que se aprueba el baremo de indemnización de los daños corporales («B.O.E.» 24-3-87).

- Orden de 23 de abril de 1987 relativa al modelo a utilizar para probar la existencia del seguro («B.O.E.» 1-5-87).

- Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo; artículo 9.º («B.O.E.» 15-6-87).

- Real Decreto 1546/1988, de 23 de diciembre, por el que se elevan los límites de indemnización del seguro («B.O.E.» 27-12-88).

- Resolución de 1 de junio de 1989 de la Dirección General de Seguros, por la que se aprueba el baremo de indemnización de los daños corporales («B.O.E.» 16-6-89).

- Orden de 10 de julio de 1990 por la que se fija el plazo de entrada en vigor de la responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros en daños materiales derivados del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Automóviles («B.O.E.» 28-7-90).

Seguro de responsabilidad civil del cazador

Obligación de todo cazador con armas de concertar un seguro que cubra hasta determinados límites, la obligación de indemnizar los daños causados a terceras personas. (Se refiere sólo a los daños personales).

Normas que lo regulan:

- Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza («B.O.E.» 6-4-70).

- Reglamento aprobado por el Decreto 506/1971, de 25 de marzo («B.O.E.» 30 y 31-3-71).

- Orden de 20 de julio de 1971, por la que se establece el Reglamento provisional del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Cazador («B.O.E.» 23-7-71).

- Real Decreto 2690/1983, de 13 de octubre: artículo 2.º (Prestaciones) («B.O.E.» 22-10-83).

- Orden de 14-10-83, por la que se adaptan las tarifas del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Cazador a los nuevos límites de indemnización establecidos en el Real Decreto 2690/1983, de 13 de octubre («B. O. E.» 22-10-83)

- Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo: artículo 10.

Seguro obligatorio de viajeros

Tiene por finalidad indemnizar los daños corporales producidos por accidente que tenga lugar con ocasión de un viaje en determinados medios de transporte público colectivo.

La cobertura comprende tanto las prestaciones pecuniarias fijadas a favor de los asegurados o sus beneficiarios, como la asistencia sanitaria.

Normas que lo regulan:

- Real Decreto-Ley de 13 de octubre de 1928.

- Reglamento aprobado por Real Decreto 486/1969, de 6 de marzo («B.O.E.» 1-4-69), modificado por el Real Decreto 1814/1976, de 4 de junio («B.O.E.» 30-7-76).

- Orden de 28 de diciembre de 1986 por la que se elevan los valores de las indemnizaciones del Seguro («B.O.E.» 31-12-86).
- Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo: artículo 11.
- Disposición Final Segunda de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 («B.O.E.» 24-12-87), prorrogada por la Disposición Final Novena de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1989 («B.O.E.» 28-12-88).

Seguro de responsabilidad civil por daños nucleares

Está regulado por la Ley 25/1964, de 29 de abril («B.O.E.» 4 y 6 de mayo), reguladora de la Energía Nuclear y en el Decreto 2177/1967, de 22 de julio («B.O.E.» 18 de septiembre), por el que se aprueba el Reglamento sobre cobertura de riesgos nucleares. Ambos fueron modificados por el Decreto 2864/1968, de 7 de noviembre («B.O.E.» 25 de noviembre), sobre cobertura de riesgos nucleares, que cifra en 350.000.000 de pesetas la cobertura exigida en el artículo 57 de la Ley 25/1964 y el límite de responsabilidad que establece el artículo 16 del Reglamento antedicho.

No es estrictamente un seguro obligatorio ya que, conforme al artículo 56 de la Ley, el explotador puede optar entre la contratación de una póliza de seguro o la constitución en la Caja General de Depósitos de un depósito en metálico, en valores pignorables o cualquier otra garantía hasta una cantidad equivalente a la cobertura exigida.

Normas que lo regulan:

- Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear («B.O.E.» 4-5-64).
- Decreto 2177/1967, de 22 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre cobertura de riesgos nucleares («B.O.E.» 18-9-67), modificado por el Decreto 742/1968 de 28 de marzo («B.O.E.» 20-4-68).
- Decreto 2864/1968, de 7 de noviembre sobre señalamiento de la cobertura exigible en materia de responsabilidad civil por riesgos nucleares («B.O.E.» 25-11-68).
- Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo (art. 5).

II

Seguro de riesgos extraordinarios

No se trata de un seguro obligatorio en sentido estricto, sino únicamente de la obligatoriedad de incluir la cobertura de esos riesgos extraordinarios (inundaciones, terremotos, terrorismo, etc.) en las pólizas de determinados ramos (accidentes, incendios, robo, rotura de cristales, daños a maquinarias, equipos electrónicos y ordenadores y daños a vehículos de motor). En la actualidad esta cobertura se presta exclusivamente por el Consorcio de Compensación de Seguros, si bien en el futuro podrá concertarse con cualquier entidad aseguradora privada por exigencia de la normativa comunitaria.

No tiene límites cuantitativos a las indemnizaciones, lo que ocurre es que, cuando acontece un siniestro extraordinario sobre bienes amparados por una póliza de seguro voluntario en la que se ha incluido la cobertura obligatoria de riesgos extraordinarios, indemniza al Consorcio de Compensación de Seguros y esta indemnización se rige por las reglas generales de indemnización recogidas en la Ley de Contrato de Seguro, con las peculiaridades del Reglamento de Riesgos Extraordinarios.

Normas que lo regulan:

- Ley reguladora del Consorcio de Compensación de Seguros de 16 de diciembre de 1954 («B.O.E.» 19-12-54).

- Real Decreto 2022/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Riesgos Extraordinarios sobre las Personas y los Bienes («B.O.E.» 1-10-86), modificado por el Real Decreto 354/1988, de 19 de abril («B.O.E.» 23-4-88).
- Orden de 28 de noviembre de 1986, por la que se desarrolla el Reglamento («B.O.E.» 13-12-86).
- Resolución de 28 de noviembre de 1986, de la Dirección General de Seguros por la que se aprueba la tarifa de primas del seguro de riesgos extraordinarios a satisfacer obligatoriamente por los asegurados y la cláusula de cobertura a insertar en las pólizas del seguro ordinario («B.O.E.» 1-12-86), modificada por Resolución de 31 de julio de 1987.
- Circular de 29 de diciembre de 1986, del Consorcio de Compensación de Seguros por la que se dictan instrucciones para aplicar el Reglamento y la orden que lo desarrollan («B.O.E.» 10-1-87).
- Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo: artículo 4.

Seguros agrarios combinados

Está regulado básicamente en la Ley 87/1978, de 28 de diciembre («B.O.E.» 12-1-1979), de Seguros Agrarios Combinados y en Reglamento para su aplicación, aprobado por Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre («B.O.E.» 9 de octubre).

Se trata de un seguro voluntario conforme al artículo 8.º de la Ley, si bien el Gobierno podrá acordar su obligatoriedad en determinados supuestos. Pero hasta el momento presente, el Gobierno no ha hecho uso de tal facultad.

Seguro de incendios forestales

Fundamentalmente está regulado en la Ley 81/1968, de 5 de diciembre («B.O.E.» 7 de diciembre), y en su Reglamento aprobado por Decreto 3769/1972, de 23 de diciembre («B.O.E.» 13 de febrero de 1973).

En realidad no constituye un seguro, ni obligatorio ni voluntario, sino un «fondo de garantía» denominado por la Ley Fondo de Compensación de Incendios Forestales, sin personalidad jurídica, integrado patrimonialmente en el Consorcio de Compensación de Seguros. Dicho fondo de garantía cubre tres tipos de riesgos y sus correlativos siniestros: en primer lugar, las pérdidas causadas por el fuego a los montes; en segundo lugar, los gastos habidos en los trabajos de extinción; y, en tercer lugar, las indemnizaciones por los accidentes ocasionados a las personas que hayan colaborado en dichos trabajos.

El primero de los aspectos (indemnización de las pérdidas causadas a los montes afectados por el fuego), el único que en realidad podría constituir un seguro, no ha sido objeto de regulación en cuanto a pólizas, primas y coberturas de riesgos. El segundo de los aspectos (compensación de gastos derivados de la extinción de incendios forestales) está regulado actualmente por el Real Decreto 875/1988 de 29 de julio («B.O.E.» 4 de agosto), regido por el principio de compensación plena, sin limitación de los gastos que en el mismo se especifican. Finalmente, el tercero de los aspectos (accidentes habidos en la extinción) está regulado por la Orden de 20 de julio de 1987 («B.O.E.» 3 de agosto), del Ministerio de Economía y Hacienda, fijando una tabla de indemnización por daños corporales.

III

Obligación de concertar un seguro establecida en otras normas

En estos supuestos se trata de normas que prevén la obligatoriedad de concertar un seguro, en general para cubrir la responsabilidad que pudiera derivar del ejercicio de determinadas actividades.

No se regulan en estos supuestos las condiciones del seguro ni se prevé la existencia de un Fondo de Garantía que indemnice al perjudicado en los casos de inexistencia del mismo.

- Seguro de cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas:
 - Ley 57/1968, de 27 de julio.
 - Orden del Ministerio de la Vivienda de 10 de agosto de 1968, sobre presentación de documentos privados otorgados con anterioridad al 29 de junio de 1968 en los que se hubiese convenido la cesión de viviendas con percepción de cantidades anticipadas.
 - Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de noviembre de 1968, sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas.
 - Decreto 3114/68, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/68 a Comunidades Cooperativas.
 - Decreto 3115/68, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/68 a Organismos Oficiales.
 - Real Decreto 3148/78, de 10 de noviembre, artículo 11, en relación con el artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/68, de 24 de julio, establecen el aseguramiento de las cantidades entregadas desde la calificación provisional en fase de construcción.
 - Decreto 2114/68, de 24 de julio Reglamento de Viviendas de Protección Oficial. Artículo 103: establece la obligatoriedad del seguro de incendio de las Viviendas de Protección Oficial. Se sanciona el incumplimiento de conformidad con el artículo 153 de dicho Decreto, y el mantener asegurada la vivienda durante todo el plazo de la protección está sancionado según el artículo 56 del Real Decreto 3148/78.
- Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la actividad de producción y de gestión de residuos tóxicos y peligrosos, regulado en los artículos 4 a) y 8.2 de la Ley 20/1986, de 14 de mayo. Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos («B.O.E.» 20-5-86) y en los artículos 6, 10.3 y 29.1, del Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto 833/1988, de 20 de julio («B.O.E.» 30-7-88).
- Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero -letra b) del art. 3.2-, sobre entidades colaboradoras (vigente respecto de seguridad minera, medio ambiente e inspección técnica de vehículos).
- Orden de 18 de marzo de 1985 («B.O.E.» 27-3-85): Normas sobre Entidades Colaboradoras para la aplicación de reglamentaciones del sector minero (número 5.3).
- Orden de 25 de febrero de 1980 («B.O.E.» 24-3-80), sobre entidades colaboradoras en materia de medio ambiente industrial (art. 4.c).
- Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, sobre Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos (art. 4.4).
- Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, sobre Entidades de Inspección y Control Reglamentario en materia de seguridad de los productos, equipos e instalaciones (art. 8.1.d).
- Orden de la Presidencia del Gobierno de 16 de julio de 1981 («B.O.E.» 13-8-81): Instrucciones Técnicas Complementarias del Reglamento de Instalaciones de Calefacción, Climatización y agua caliente sanitaria (IT. IC. 25. instaladores y mantenedores reparadores).
- Orden de 14 de febrero de 1983 («B.O.E.» 19-2-83): Instrucción sobre instaladores autorizados de gas y empresas instaladoras -letra d) del capítulo III.1-.
- Orden de 31 de mayo de 1985 («B.O.E.» 20-6-85): Instrucción Técnica Complementaria MIEAP5, sobre extintores de incendios (art. 5.2).

- Orden de 31 de mayo de 1985 («B.O.E.» 22-6-85): Instrucción Técnica Complementaria MIE-AP-14, referente aparatos para la preparación rápida de café (apartado 2.6.c).
- Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de SG de 20 de octubre de 1988 («B.O.E.» del 29) sobre la manipulación y uso de artificios pirotécnicos (art. 3).
- Real Decreto 1945/1985, de 9 de octubre, por el que se regula la hemodonación y los bancos de sangre: en artículo 6.1.c) prevé que los bancos de sangre habrán de proceder «a la instauración de un seguro de donante que cubra cualquier daño eventual en la persona del donante, con motivo de la extracción de la sangre o hemocomponentes».