

ARTÍCULO 18.1 (DERECHO AL HONOR)

Las personas jurídicas como titulares del derecho al honor.

“El hecho de que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo admitiese, en la Sentencia cuya impugnación ahora se formula, que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor no supone, como pretenden los recurrentes, el establecimiento de un límite ilegítimo al derecho de información, sino, por el contrario, una interpretación constitucionalmente adecuada del alcance subjetivo del derecho al honor que reconoce el artículo 18.1 de la Constitución.”

(S.T.C. 183/1995, de 11 de diciembre, 2. Caso “Luxury”. El T.C. deniega el amparo solicitado)

ARTÍCULO 18.1 (DERECHO A LA INTIMIDAD)

La convivencia de dos internos en la misma celda no afecta al contenido del derecho a la intimidad.

“No puede apreciarse la denunciada vulneración del derecho a la intimidad (art. 181.C.E.), pues si bien es cierto que tanto el artículo 19.1 L.O.G.P. como el artículo 15 del Reglamento Penitenciario establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones, sin que por ello hayan de considerarse vulnerados los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria, que no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda individual, tal y como parece pretender el recurrente.”

(S.T.C. 195/1995, 19 dic., 3. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

ARTÍCULOS 18.1 y 20.1.a) y d) (DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN)

El honor como concepto jurídico indeterminado.

“En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia.”

(S.T.C. 176/1995, 11 dic., 3. Caso “Hitler=SS”. Se trata de una publicación en España del álbum

“Hitler=SS” donde se ataca el honor del pueblo judío y de todos sus integrantes que sufrieron los horrores de los campos de concentración, quienes, como los miembros de las Asociaciones denunciadas y querellantes, se sintieron vejados con dicha publicación. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Ponderación de los derechos en juego.

“El análisis para sopesar los derechos en tensión ha de hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, con una panoplia de criterios convergentes entre ellos, por lo que al caso respecta, el tipo de libertad ejercitada, el interés general de la información y la conducta pública o privada del ofendido.

La vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado.”

(S.T.C. 176/1995, 11 dic., 4. Caso “Hitler=SS”. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Prevalencia del derecho al honor.

Libertad de expresión e información que trasgreden el ámbito constitucionalmente protegido.

“La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución.”

(S.T.C. 176/1995, 11 dic., 5. Caso “Hitler=SS”. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Ejercicio de la libertad de expresión e información que opera como causa excluyente de la tipicidad.

“El interés público de las noticias es patente en el caso de autos. No puede olvidarse que nos encontramos en el seno de una controversia política, en la que el portavoz de uno de los grupos de la oposición ejerce legítimamente su derecho de crítica respecto de las actuaciones del grupo político en el poder municipal. Los hechos ostentan un indudable interés público en el ámbito en que se denunciaron. No se trataba de cuestiones personales, sino que, dentro de la función fiscalizadora que corresponde a la oposición, se hicieron determinadas imputaciones de hechos en tareas de gobierno, como crítica de la gestión de los asuntos municipales en una concreta actuación administrativa. En tales casos debe primar las libertades de información y de expresión frente a otros bie-

nes jurídicamente protegidos como es el principio de autoridad tutelado penalmente por el desacato, sin que con base en dicha figura delictiva se pueda impedir la publicación de unos hechos veraces que, aunque no alcancen las consecuencias delictivas que el recurrente atribuyó a los mismos o excediéndose en sus apreciaciones, sí tienen interés informativo para que sea la opinión pública y no sólo el recurrente que actúa desde la oposición política, quien extraiga las consecuencias que de los mismos puedan derivarse en relación con la forma en que en un asunto concreto se ha desarrollado la gestión municipal.”

(S.T.C. 19/1996, 12 feb., 1 a 4. Caso: “El Día 16 de Baleares”. El T.C. estima el recurso de amparo. Se trata en este caso de presuntas irregularidades cometidas por el Alcalde y el Teniente de Alcalde en la adjudicación de una obra municipal)

ARTÍCULOS 18.1 y 20.1.d) (DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN)

Correcto juicio de ponderación de los derechos en conflicto.

Prevalencia del derecho al honor sobre la base del conocimiento previo del informador de la falsedad de la información.

“Cuando se formula contra una persona privada una imputación tan grave y que afecta tan profundamente a su prestigio personal y profesional como la vertida en el artículo analizado, no basta con una simple referencia a la declaración de los padres afectados y la cita de una frase aislada del médico y otra del Juez que tan sólo indirectamente se relaciona con la veracidad de la información. No existe, pues, suficiente correspondencia entre los datos de los que se informa y las tajantes y graves conclusiones de que los mismos pretenden inferirse con la imputación de acciones delictivas. Las circunstancias del caso obligaban al periodista a la búsqueda de nuevos datos que pudieran corroborar su tesis, o a transformar el contenido de la noticia y convertir lo que finalmente constituyó el relato de un hecho delictivo en la constatación de una denuncia sobre el mismo y de su devenir judicial.”

(S.T.C. 28/1996, 26 feb., 5. Caso: “Niños entre delincuentes”. El T.C. desestima el recurso de amparo)

ARTÍCULO 18.2 (INVOLABILIDAD DE DOMICILIO)

Concepto de “delito flagrante”.

“Aunque este Tribunal no haya definido el concepto constitucional de «delito flagrante», sí ha

podido dejar, al menos, los “contornos esenciales que en la Constitución muestra la figura”, labor para la cual hemos admitido que, si bien «no procede asumir o reconocer como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento» sí resulta inexcusable «reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es ‘sorprendido’ –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito», declaración ésta de la que hemos inferido que tales «connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el artículo 18.2 de la norma fundamental».”

(S.T.C. 94/1996, 28 may., 4. El T.C. desestima el recurso de amparo al no albergar ninguna duda de que la entrada y registro que efectuaron los agentes de la policía, y en el que aprehendieron diversas cantidades de droga y dinero en metálico, respondió a la existencia de una situación de «flagrancia delictiva» constitucionalmente admisible)

Elementos determinantes de la flagrancia delictiva.

“La entrada y registro policial en un domicilio sin previa autorización judicial y sin que medie el consentimiento expreso de su titular únicamente es admisible desde el punto de vista constitucional (art. 18.2 C.E.) cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.”

(S.T.C. 94/1996, 28 may., 4. El T.C. desestima el recurso de amparo al apreciar que la entrada y registro realizada por la policía en el domicilio de la demandante, y en el que aprehendieron diversas cantidades de dinero en metálico, vulnerase su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio)

ARTÍCULO 18.3 (DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES)

Prórroga de intervención telefónica que no respeta las exigencias constitucionales por carecer de motivación.

“Las Sentencias impugnadas, en cuanto otorgan validez a la providencia que concedió la pró-

rroga, vinieron a desconocer las exigencias de motivación que resultan necesarias conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal respecto de las garantías necesarias para la válida restricción de un derecho fundamental. En definitiva, la intervención telefónica así practicada, esto es, sin las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada, determinó que la intervención realizada a partir de la prórroga no puede considerarse válida.”

(S.T.C. 181/1995, 11 dic., 6. El T.C. estima el recurso de amparo)

Doctrina general sobre su limitación y exigencias constitucionales.

“El derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado mediante una resolución suficientemente motivada. La existencia de un mandamiento judicial autorizando la intervención, junto con la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de esta diligencia de investigación, constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones.”

(S.T.C. 49/1996, 26 mar., 3. El T.C. otorga el amparo solicitado al constatar que al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública mediante la intervención del teléfono de una determinada persona, se estuvo investigando durante un largo período de tiempo a otras personas mediante la intervención de sus conversaciones telefónicas, sin poner en conocimiento del Juez que autorizó la primera intervención telefónica los nuevos hechos descubiertos, presuntamente constitutivos de delito de cohecho, ocultando la policía igualmente, a los sucesivos Jueces que intervinieron, estos hechos y la fuente de conocimiento de los mismos)

Derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones.

(S.T.C. 54/1996, 26 mar., 8. El T.C. otorga parcialmente el amparo)

ARTÍCULO 20.1.d) (LIBERTAD DE INFORMACIÓN)

Información inveraz.

“Reiteradamente ha declarado este Tribunal que la exigencia constitucional de la veracidad de la información, a que se refiere el artículo 20.1.d) C.E., significa que el informador tiene un especial deber de contrastar las fuentes de la información en orden a comprobar la veracidad de los hechos

que expone, mediante las oportunas averiguaciones debidamente contrastadas, y empleando la diligencia media exigible a un profesional.”

(S.T.C. 183/1995, 11 dic., 3. Caso: “Luxury”. El T.C. deniega el amparo solicitado)

Veracidad de la información.

Deber de diligencia del informador.

“Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado.”

(S.T.C. 28/1996, 26 feb., 3. Caso: “Niños entre delincuentes”. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Libertad de información y derecho al honor.

El derecho a la libertad de información no puede prevalecer sobre el descubrimiento y revelación de secretos.

“La vía de amparo no permite sino impone, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 L.O.T.C.).”

(S.T.C. 34/1996, 11 mar., 4. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Interpretación del término “veraz”.

(S.T.C. 52/1996, 26 mar., 2. Caso: “Los constructores de CEFRUCA y el intento de chantaje”. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Concepto de “deber de diligencia del informador”.

“Deber de diligencia que la jurisprudencia constitucional ha ido dotando de unas pautas para su concreción en las que se combinan dos criterios distintos: por un lado, el carácter de la información publicada; de otro, la concreta conducta del sujeto informador en relación con la fuente de la información.”

(S.T.C. 52/1996, 26 mar., 2. Caso: “Los constructores de CEFRUCA y el intento de chantaje”. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Doctrina constitucional sobre el llamado "reportaje neutral".

(S.T.C. 52/1996, 26 mar., 3 y 5. Caso: "Los constructores de CEFRUCA y el intento de chantaje." El T.C. desestima el recurso de amparo al no configurarse el presente caso como de reportaje neutral, en el que el periodista se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de un tercero, sino ante un artículo periodístico cuya autoría debe atribuirse al periodista que la redacta y que asume una determinada versión de unos hechos con base en una determinada fuente, la conversación telefónica grabada en una cinta magnetofónica, que hace llegar a la información pública)

Falta de deber de diligencia connatural a una información veraz.

(S.T.C. 52/1996, 26 mar., 8. Caso: "Los constructores de CEFRUCA y el intento de chantaje." El T.C. desestima el recurso de amparo)

ARTÍCULO 24.1 (DERECHO A LA DEFENSA)

Sentencia dictada inaudita parte.

Error del órgano judicial que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

"No cabe duda de que el demandante de amparo fue condenado en apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca sin que, por el error padecido en las notificaciones, pudiera oponerse a las razones que sustentaban el recurso contrario. Quedó así sin posibilidad de ejercer la defensa, sin negligencia que le sea imputable, y ello le deparó un perjuicio material indudable, sin que exista traza alguna de que pudiera tener conocimiento por otros medios de la presentación del recurso contrario."

(S.T.C. 178/1995, 11 dic., 1 y 3. El T.C. estima el recurso de amparo)

ARTÍCULO 24.1 (DERECHO A LA NO INDEFENSIÓN)

Citación irregular que produce indefensión material.

"La citación, en definitiva, no cumple sus objetivos cuando por causa ajena al destinatario, no llega a su conocimiento."

(S.T.C. 25/1996, 13 feb., 2. El T.C. estima el amparo solicitado)

La denegación de pruebas puede provocar indefensión.

"Es constante la doctrina de este Tribunal con relación al artículo 24.2, concretamente del dere-

cho a la prueba (SS.T.C. 150/1988, 9/1989, 26/1989, 33/1989, entre otras) afirmándose que podrá sustentarse el amparo en una denegación de prueba que haya provocado indefensión."

(S.T.C. 25/1996, 13 feb., 4. El T.C. estima el amparo solicitado)

Omisión del trámite de audiencia al inculgado que no vulnera el derecho de defensa del mismo.

"Tiene declarado este Tribunal, con reiteración, que para que una irregularidad procesal integre el concepto constitucional de indefensión es preciso que se alcance un efecto material de efectiva indefensión, que se vea realmente impedido, como efecto de la irregularidad procesal, el ejercicio del derecho de defensa (SS.T.C. 98/1987, 145/1990, 106/1993, 367/1993 y 15/1995, entre otras muchas)."

(S.T.C. 37/1996, 11 mar., 2. El T.C. otorga el amparo solicitado)

Indefensión nacida de una defectuosa notificación.

(S.T.C. 82/1996, de 20 de mayo, 3 y 5. El T.C. estima el recurso de amparo y reitera su doctrina ya consolidada acerca de que si no se cita a una de las partes o su citación es deficiente, y no se persona, se produce una indefensión, con vulneración de los principios de contradicción e igualdad entre las partes)

ARTÍCULO 24.1 (DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA)

Derecho de acceso a los recursos.

"Cuando se deniegue el acceso al recurso de forma inmotivada, manifiestamente arbitraria o sea consecuencia de un error patente, existe una lesión constitucionalmente relevante del citado derecho fundamental, siendo sólo entonces posible la revisión de la decisión judicial en esta sede."

(S.T.C. 179/1995, 11 dic., 2. El T.C. deniega el amparo solicitado)

El derecho a la tutela judicial efectiva supone obtener una decisión judicial congruente con la pretensión deducida y fundada en Derecho.

(S.T.C. 182/1995, 11 dic., 2. El T.C. deniega el amparo solicitado)

Responsabilidad civil subsidiaria y responsabilidad civil directa.

Ambos tipos de responsabilidades sólo pueden fundar pretensiones distintas y es inapropiada su equiparación.

“Tampoco cabe justificar por el principio *iura novit curia* el que, pretendida por la víctima del accidente la condena como responsable civil subsidiario de la recurrente en amparo, el órgano juzgador decida condenarla como responsable civil directa, pues ambos tipos de responsabilidades sólo pueden fundar pretensiones distintas y, consiguientemente, es inapropiada su equiparación.”

(S.T.C. 189/1995, 18 dic., 4. El T.C. otorga el amparo solicitado)

La absoluta falta de motivación vulnera el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva.

“La motivación de las Sentencias es una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la Ley, existiendo un derecho del justiciable a exigirla, al objeto de poder contrastar su razonabilidad para ejercitar, en su caso, los recursos judiciales y, en último término, para oponerse a las decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva.”

(S.T.C. 191/1995, 18 dic., 2. El T.C. otorga el amparo solicitado)

La incongruencia en las decisiones judiciales puede llevar a vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

“Para que la incongruencia –y más en concreto, la llamada incongruencia por *extra petitum*, que es la que se denuncia en este caso– tenga relevancia constitucional se precisa realmente que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión y, por ello, la incongruencia requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido.”

(S.T.C. 191/1995, 18 dic., 3. El T.C. otorga el amparo solicitado)

Doctrina general sobre la incongruencia omisiva.

“La incongruencia omisiva es un vicio procesal consistente en omitir respuesta judicial a las pretensiones de la parte adecuadamente planteadas, lo que constituiría una vulneración de aquel derecho fundamental, vulneración que, no obstante, a la luz de la más reciente jurisprudencia constitucional sobre el tema, no cabe apreciar cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita, aunque no se haya pronunciado sobre las alegaciones con-

cretas o no se haya dado una respuesta pormenorizada, siempre que se resuelvan las pretensiones formuladas.”

(S.T.C. 195/1995, 19 dic., 6. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

Efectos en el proceso penal de una cuestión prejudicial devolutiva.

“Cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 C.E.

La aplicación de la anterior doctrina a la resolución enjuiciada la convierte en arbitraria y, por ende, en contraria al derecho a la tutela del artículo 24.1 C.E.”

(S.T.C. 30/1996, 26 feb., 5 y 6. El T.C. otorga el amparo solicitado. El Tribunal Constitucional reitera la misma doctrina en su posterior S.T.C. 91/1996, de 27 de mayo)

Aplicación de agravante que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

“El recurrente confunde el valor de lo defraudado, auténtico sustrato de la agravación, con el montante indemnizatorio definitivamente fijado por la Sentencia dictada en sede de casación, que no tiene por qué coincidir con aquél. Se trata, en efecto, de dos conceptos distintos, pues mientras el primero de ellos, denominado perjuicio típico, consiste en la diferencia de valor existente entre lo que se recibe y lo que se entrega en concepto de contraprestación, el perjuicio civilmente indemnizable no es sino la efectiva disminución patrimonial ocasionada, la cual podrá ser mayor que la cuantía de lo defraudado, si a consecuencia de la defraudación se ha tenido que incurrir en otros gastos, o menor, lo que sucederá en todos aquellos casos en los que, con anterioridad al fallo, se haya procedido a la restitución total o parcial de las cantidades defraudadas o a la devolución de las cosas fraudulentamente obtenidas, sin que ello obste, desde luego, a que el delito de estafa se entienda consumado.”

ceso otras pruebas de cargo válidamente practicadas, no derivadas directa o indirectamente de la misma, de las que se dedujo la participación del recurrente en los hechos por los que se emitió el pronunciamiento condenatorio)

ARTÍCULO 24.2 (DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS)

Omisión judicial de prueba de identidad.

“Uno de los presupuestos más elementales que integran el proceso penal está necesariamente constituido por la certeza de la identidad de la persona objeto de acusación, ya que si ella falta o es dudosa, toda la estructura procedimental se viene abajo, puesto que se puede alcanzar la convicción legítima de que un determinado hecho punible se produjo, pero ello no supondría la determinación de la identidad de quien fue en concreto la persona física que lo llevó a cabo.”

(S.T.C. 93/1996, 28 may., 3 y 6. El T.C. otorga el amparo solicitado)

ARTÍCULO 25.1 (PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL)

El principio de legalidad comprende una doble garantía: predeterminación normativa y norma de adecuado rango.

(S.T.C. 24/1996, 13 feb., 2. El T.C. deniega el amparo solicitado)

Constitucionalidad de las leyes penales en blanco.

“Una vez que hemos aceptado la posibilidad teórica de completar el tipo penal mediante la invocación y aplicación de normas contenidas en otros textos, y comprobar que los requisitos jurisprudenciales a los que acabamos de referirnos concurren sobradamente en este caso, la siguiente cuestión a la que debe darse respuesta es la que de modo específico plantea el recurrente en su demanda, y que viene a recordar el planteamiento que se hizo en la S.T.C. 111/1983. Se trata, en definitiva, de examinar si se ha producido una infracción del artículo 25.1 de la C.E. por haberse aplicado una norma penal en blanco cuyo complemento es una disposición nula por ser opuesta a los artículos 35 y 36 de la C.E. que exigen que sea una norma con rango de ley la que regule el ejercicio de profesiones tituladas.

En aquel caso (S.T.C. 111/1983) se llegó a la conclusión de que ninguna violación del citado precepto se había producido, pues aunque la norma de complemento aplicada era efectivamente de

rango reglamentario, se había promulgado antes de la entrada en vigor de la Constitución, y en esas circunstancias no era posible exigir con carácter retroactivo la exigencia de la reserva de ley.”

(S.T.C. 24/1996, 13 feb., 3. El T.C. deniega el amparo solicitado)

La interpretación de los tipos penales es una cuestión de mera legalidad.

Inexistencia de interpretación extensiva o *in malam partem*.

“El órgano judicial siguió un criterio interpretativo lógico, minucioso y fundado, que encuentra además su aval en la normativa de las Comunidades Europeas, concretamente en la Directiva número 78/687/C.E.E., de 25 de julio de 1978, que estableció los criterios mínimos relativos tanto al acceso a la formación especializada de Odontólogo, como a su duración mínima, a sus modalidades de enseñanza y al lugar en el que ésta deba efectuarse, así como el control del que deba ser objeto y que sirvió para inspirar, entre otras normas, la citada Ley 10/1986, de 17 de marzo.”

(S.T.C. 24/1996, 13 feb., 6. El T.C. deniega el amparo solicitado por la recurrente al carecer de título que la habilite para el ejercicio de la profesión de odontólogo)

Interpretación del artículo 497 bis del C.P. conforme al principio de legalidad penal.

“El Juez y la Audiencia han llegado a la conclusión de que el artículo 497 bis C.P. castiga la interceptación de las comunicaciones telefónicas mantenidas mediante cable tanto como las inalámbricas.

Es claro que no se ha producido una extensión analógica del tipo delictivo en demérito del principio de legalidad penal, sino que tanto el juez como la Sala se han atendido a su texto, respetando así la voluntad del legislador.”

(S.T.C. 34/1996, 11 mar., 5. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Principio de legalidad penal y delito de aborto.

“El precepto transcrito (417 bis. 1.ª C.P.) no impide en modo alguno la continuación del juicio, sino que, por el contrario, requiere necesariamente su continuación para que en él se dilucide si concurren o no las circunstancias previstas para que el aborto no sea punible. Y si no concurren tales circunstancias, como en este caso apreciaron los órganos judiciales sin que pueda este Tribunal resolver esa apreciación (arts. 117.3 C.E. y 44.1.d) L.O.T.C.), la conclusión condenatoria a la que llegan las resoluciones impugnadas no incide, en absoluto, en la infracción del principio de legalidad penal que consagra el artículo 25.1 de la Constitución.”

(S.T.C. 36/1996, 11 mar., 8. El T.C. desestima el recurso de amparo)

Principio de legalidad penal y delito de usurpación de funciones.

(S.T.C. 50/1996, 26 mar. Vid. texto en reseña al art. 321 C.P.)

ARTÍCULO 25.2 (DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS)

Relación especial de sujeción.

“Las relaciones jurídicas que, con ocasión del internamiento en un centro penitenciario, se establecen entre las personas reclusas en el mismo y la Administración Penitenciaria tienen naturaleza de relación especial de sujeción.”

(S.T.C. 35/1996, 11 mar., 2. El T.C. desestima el recurso de amparo)

ARTÍCULO 25.2 (REINSERCIÓN SOCIAL DE PENADOS)

La Constitución española no erige a la prevención especial como única finalidad de la pena.

Sanción penal por negativa a realizar la prestación social sustitutoria.

“El planteamiento de los órganos cuestionantes es, en este punto, inatendible. En primer lugar, porque no se argumenta, ni este Tribunal constata, la concurrencia del presupuesto en el que se funda, cual es la supuesta exclusividad de la finalidad retributiva de la pena cuestionada. No se explican las razones que contrariarían la evidencia de que este tipo de sanción despliega efectos preventivos y de que dichos efectos forman parte de la intención legislativa; tampoco, por otro lado, parece suficiente el solo argumento relativo a la irrepetibilidad del mismo tipo de comportamiento para negar la finalidad rehabilitadora de la pena. Dicho argumento, unido al que defiende el monopolio de esta finalidad punitiva, conduciría a la insostenible consecuencia de la ilegitimidad de toda pena frente a hechos que, por su naturaleza o por sus circunstancias, no admitan reiteración. Por lo demás, en segundo lugar, debe recordarse la doctrina de este Tribunal relativa a que la Constitución no «erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; el artículo 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles –prevención especial, retribución, reinserción, etc.– ha optado

por una concreta función de la pena en el Derecho penal.»

(S.T.C. 55/1996, 28 mar., 4. El T.C. desestima las cuestiones de inconstitucionalidad. La misma doctrina la reitera el Tribunal Constitucional en su posterior S.T.C. 88/1996, de 23 de mayo)

II. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULOS 44.1.a) y 50.1.a) (RECURSO DE AMPARO)

Falta de agotamiento de la vía judicial previa para recurrir en amparo.

“Este Tribunal viene señalando al respecto en reiterada y constante doctrina que no puede estimarse cumplido el requisito de agotamiento de la vía judicial previa que establece el citado precepto de la L.O.T.C., cuando la queja se deduce frente a resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que no ha finalizado y que se encuentra aún en la fase instructora, pues es necesario, en el respeto a la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, plantear dicha cuestión y dar posibilidad a los órganos judiciales de pronunciarse sobre tales vulneraciones antes de acudir en petición de amparo ante este Tribunal.”

(S.T.C. 63/1996, 16 abr., 2. El T.C. inadmite el amparo solicitado. Hay un voto particular que formula el Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere el Magistrado Gimeno Sendra, para quienes ante la posible conculcación grave de derechos fundamentales cuya preservación se ha frustrado en la vía judicial, el recurso de amparo debe ser admitido, sin aguardar el agotamiento de todos los recursos utilizables ante Jueces y Tribunales)

ARTÍCULO 44.1.c) (INVOCACIÓN FORMAL EN EL PROCESO DEL DERECHO VULNERADO)

La previa invocación formal del derecho fundamental alegado como mecanismo esencial para la articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

(S.T.C. 182/1995, 11 dic., 1. El T.C. deniega el amparo solicitado)

Dicha exigencia ha de ser interpretada con flexibilidad respecto a la forma de realizarse la invocación.

(S.T.C. 195/1995, 19 dic., 2. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

Jurisprudencia Constitucional



Julio-diciembre 1996

Luis Arroyo Zapatero

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Castilla-La Mancha*

Rosario de Vicente Martínez

*Profesora Titular de Derecho Penal
de la Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

- I. Constitución española
- II. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
- III. Código Penal
- IV. Ley de Enjuiciamiento Criminal
- V. Legislación especial

RELACIÓN DE SENTENCIAS RESEÑADAS

- S.T.C. 100/1996, 11 de junio, Sala 1.^a (B.O.E. 12 de julio). Ponente: Rodríguez Bereijo.
- S.T.C. 102/1996, 11 de junio, Sala 1.^a (B.O.E. 12 de julio). Ponente: Delgado Barrios.
- S.T.C. 112/1996, 24 de junio, Sala 2.^a (B.O.E. 29 de julio). Ponente: Vives Antón.
- S.T.C. 119/1996, 8 de julio, Sala 2.^a (B.O.E. 12 de agosto). Ponente: Viver i Pi-Sunyer.
- S.T.C. 127/1996, 9 de julio, Sala 1.^a (B.O.E. 12 de agosto). Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.
- S.T.C. 128/1996, 9 de julio, Sala 1.^a (B.O.E. 12 de agosto). Ponente: Gimeno Sendra.
- S.T.C. 129/1996, 9 de julio, Sala 1.^a (B.O.E. 12 de agosto). Ponente: Ruiz Vadillo.
- S.T.C. 130/1996, 9 de julio, Sala 1.^a (B.O.E. 12 de agosto). Ponente: Ruiz Vadillo.
- S.T.C. 143/1996, 16 de septiembre, Sala 2.^a (B.O.E. 21 de octubre). Ponente: Viver i Pi-Sunyer.
- S.T.C. 144/1996, 16 de septiembre, Sala 2.^a (B.O.E. 21 de octubre). Ponente: Viver i Pi-Sunyer.
- S.T.C. 148/1996, 25 de septiembre, Sala 1.^a (B.O.E. 21 de octubre). Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.
- S.T.C. 150/1996, 30 de septiembre, Sala 2.^a (B.O.E. 5 de noviembre). Ponente: González Campos.

- S.T.C. 151/1996, 30 de septiembre, Sala 2.^a (B.O.E. 5 de noviembre). Ponente: Vives Antón.
- S.T.C. 156/1996, 14 de octubre, Sala 2.^a (B.O.E. 5 de noviembre). Ponente: Vives Antón.
- S.T.C. 158/1996, 15 de octubre, Sala 1.^a (B.O.E. 5 de noviembre). Ponente: Rodríguez Bereijo.
- S.T.C. 169/1996, 29 de octubre, Sala 2.^a (B.O.E. 3 de diciembre). Ponente: García Manzano.
- S.T.C. 170/1996, 29 de octubre, Sala 1.^a (B.O.E. 3 de diciembre). Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.
- S.T.C. 175/1996, 11 de noviembre, Sala 2.^a (B.O.E. 17 de diciembre). Ponente: García-Mon y González-Regueral.
- S.T.C. 177/1996, 11 de noviembre, Sala 2.^a (B.O.E. 17 de diciembre). Ponente: Viver i Pi-Sunyer.
- S.T.C. 182/1996, 12 de noviembre, Sala 1.^a (B.O.E. 17 de diciembre). Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.

PRECEPTOS LEGALES INTERPRETADOS EN LAS SENTENCIAS RESEÑADAS

- C.E.: Arts. 14, 16.1, 17.1, 18.3, 24.1 y 2, 25.1, 2 y 3, 120.3. L.O.T.C.: Art. 44.1.c).
- C.P.: Arts. 70, 452 bis d) 1.º, 600.
- L.E.Crim.: Art. 504.
- L.O.G.P.: Arts. 51, 51.5, 76.2.d).
- Reglamento Penitenciario de 1981: Art. 130.1.e), 254.
- L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: Art. 26.2.

I. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ARTÍCULO 14 (PRINCIPIO DE IGUALDAD)

La desigualdad en la Ley se produce cuando la norma distingue de manera irrazonable y arbitraria un supuesto específico al que anuda consecuencias jurídicas determinadas.

(S.T.C. 129/1996, 9 de julio, 4. El T.C. deniega el amparo solicitado. Como bien dice el Ministerio Fiscal, es una realidad que existen conductas que afectan a la sexualidad de las personas y a la prostitución en la prensa, e incluso en medios de información, vídeos y películas de contenido pornográfico, en que existe un lucro para los que realizan dicha actividad, pero no es posible afirmar fundadamente, con dimensión y trascendencia constitucional, que estas actividades son esencialmente idénticas a las castigadas por el artículo 452 bis c) 1 del Código Penal derogado a los efectos de la violación del artículo 14 de la Constitución. Si el legislador no las castiga, es que encuentra que son diferentes a la tercería locativa, y por ello entiende que no atacan de forma igual a la moral sexual colectiva, y esta opción del legislador no puede recibir censura alguna constitucional por considerar que la actividad de favorecimiento lucrativo suponga una mayor perversidad, que las otras acciones con finalidad sexual. El Juez no puede dejar de aplicar una norma porque existan otras conductas que entienda que también deban ser castigadas y no lo sean)

Invocación de la lesión del principio de igualdad ante la Ley manifiestamente carente de fundamento.

“Respecto a la presunta desigualdad en aplicación de la Ley, no explicita el recurrente con claridad y precisión el término de comparación que conduciría a la afirmación de un tratamiento desigual en supuestos sustancialmente idénticos. Ello conlleva la desestimación de la queja, pues el recurrente, incumpliendo la carga que a él incumbe, no aporta ni expone los datos determinantes de una identidad sustancial, no sólo desde la vertiente objetiva, sino también de las circunstancias personales concurrentes en los casos tan genéricamente invocados, lo cual resulta decisivo dado el relevante papel que los datos personales y subjetivos juegan en las decisiones sobre prisión provisional. Tal imprecisión convierte en imposible todo juicio relevante de igualdad basado en esta alegación.”

(S.T.C. 158/1996, 15 oct., 4. El T.C. otorga el amparo solicitado)

ARTÍCULO 16.1 (LIBERTAD RELIGIOSA)

Sobre la vertiente negativa del derecho a la libertad religiosa.

(S.T.C. 177/1996, 11 nov., 9 a 11. El T.C. desestima el recurso de amparo)

ARTÍCULO 17.1 (LIBERTAD PERSONAL)

La inobservancia de los preceptos penales respecto al cumplimiento sucesivo o refundido de la condena de pérdida de libertad afecta al derecho a la libertad.

(S.T.C. 130/1996, 9 jul., 2. El T.C. otorga el amparo solicitado. Vid. la S.T.C. 147/1988, 14 de jul. Se trata de un caso en que el incidente de refundición de condena se tramitó a instancia del penado sin asistencia letrada, con la sola intervención del Fiscal)

Prolongación indebida de prisión provisional.

“El derecho a la libertad personal no es un derecho de pura configuración legal, puesto que en la determinación de su contenido y desarrollo han de tenerse en cuenta una serie de principios constitucionales no explicitados en la Ley, es evidente que la actual regulación legal determina las condiciones en que procede la privación provisional de libertad, por lo que la interpretación judicial de tales preceptos puede adquirir relevancia constitucional si desconoce los márgenes establecidos por la Ley.”

(S.T.C. 158/1996, 15 oct., 2. El T.C. otorga el amparo solicitado)

ARTÍCULO 18.3 (DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES)

Vulneración por la Administración Penitenciaria del derecho al secreto de las comunicaciones.

Intervención de la correspondencia del penado.

(S.T.C. 127/1996, 9 jul., 4. El T.C. otorga el amparo solicitado. Como expuso el Ministerio Fiscal: “El conocimiento del hecho que origina la sanción al penado es de naturaleza ilícita y ex artículos 18.3 y 24.2 CE, debe permitir conceder el amparo solicitado”)

**Relación de sujeción especial.
Intervención de las comunicaciones de un recluso.**

La falta o insuficiencia de la motivación afecta a la propia existencia del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho afectado, en este caso del derecho al secreto de las comunicaciones.

(S.T.C.170/1996, 29 oct., 4 a 7. El T.C. otorga el amparo solicitado. Hay un voto particular que formula el Magistrado Cruz Villalón quien "compartiendo plenamente la doctrina sentada en la presente Sentencia, consideró, sin embargo, que la conclusión a la que se llega hubiera debido ser otra. Concretamente, coincido en que la eventual falta de motivación en una resolución administrativa por la que se acuerda la intervención de las comunicaciones de un recluso se traduce en una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.).

Entiendo que la tarea de este Tribunal Constitucional a la hora de amparar los derechos fundamentales difícilmente puede consistir en ir determinando qué precisión adicional consideramos ausente en cada una de las resoluciones administrativas o judiciales a través de las cuales se da razón de la adopción de una medida de restricción de un derecho fundamental en conexión con el deber de motivación de tales medidas. Por lo que a esta precisa y concreta garantía se refiere, lo que fundamentalmente importa, y a ello debe atender ciertamente este Tribunal, es que el motivo en sí mismo exista, así como que se encuentre suficientemente exteriorizado")

ARTÍCULO 24.1 (DERECHO A LA NO INDEFENSIÓN)

El concepto jurídico-constitucional de indefensión no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión.

"En el contexto del artículo 24 de la Constitución la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa que, si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales, entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto.

El no haber permitido a los demandantes de amparo el conocimiento del recurso de apelación formalizado por el Ministerio Fiscal, ni por tanto su impugnación, frente a las nuevas pretensiones de condena propugnadas ante la Audiencia, supone un incumplimiento de los principios de contradicción e igualdad de armas que deben presidir nuestro proceso penal en todo momento."

(S.T.C. 151/1996, 30 sep., 2. El T.C. otorga el amparo solicitado)

ARTÍCULO 24.1 (DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA)

Legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva.

"Este Tribunal ha reconocido reiteradamente «la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva» (S.S.T.C. 62/1984, 171/1994), pero cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión perjudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 C.E."

(S.T.C. 102/1996, 11 jun., 3. El T.C. otorga el amparo solicitado. Se reitera la doctrina contenida en las anteriores SS.T.C. 30/1996 y 50/1996)

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

(S.T.C. 112/1996, 24 jun., 2. El T.C. otorga el amparo solicitado)

Derecho de acceso a los recursos.

La denegación de acceso al recurso de forma inmotivada, manifiestamente arbitraria o consecuencia de un error patente lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.

(S.T.C. 128/1996, 9 jul, 3. El T.C. estima parcialmente el amparo)

Doctrina general acerca del vicio de incongruencia omisiva.

(S.T.C. 128/1996, 9 jul, 11. El T.C. estima parcialmente el amparo)

Doctrina general sobre el Derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la motivación.

(S.T.C. 158/1996, 15 oct., 3. El T.C. otorga el amparo solicitado)

Vulneración del derecho a los recursos legalmente establecidos fuera del ámbito penal.

La sanción disciplinaria a interno de centro penitenciario se inscribe en el ámbito de las sanciones administrativas.

(S.T.C. 169/1996, 29 oct., 2. El T.C. estima el recurso de amparo)

La motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia constitucional que se integra dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivación suficiente.

(S.T.C. 169/1996, 29 oct., 4. El T.C. estima el recurso de amparo)

Carece de motivación la resolución judicial que contenga contradicciones internas o errores manifiestos, que haga de ella una resolución irrazonable por contradictoria.

(S.T.C. 175/1996, 11 nov., 2. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

Error judicial en la apreciación de la prueba de cargo.

(S.T.C. 175/1996, 11 nov., 3. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo. Hay un voto particular que formula el Magistrado González Campos para quien "mi discrepancia con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala no se refiere al otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 reconoce y garantiza, sino sólo respecto al punto 3.º del fallo y la justificación que del mismo se contiene en el fundamento jurídico 3.º de la Sentencia. Por cuanto viene a limitar injustificadamente, a mi entender, el alcance de la función de garantía de los derechos fundamentales que corresponden a este Tribunal, atendidas las circunstancias del presente caso")

ARTÍCULO 24.2 (DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA)

El derecho a la prueba no implica la pérdida de la potestad del órgano decisor para declarar su impertinencia, si bien debe éste explicar razonadamente su juicio negativo sobre la admisión de la misma.

(S.T.C. 128/1996, 9 jul., 8. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

Requisitos que han de concurrir para la admisión de la prueba propuesta.

"De la lectura del escrito del interno cabe deducir que el verdadero núcleo de sus quejas reside en la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, por lo que parece oportuno comenzar por el examen de la misma.

Según doctrina reiterada de este Tribunal, tal derecho es «inseparable» del derecho mismo de defensa, y exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos (por todas, SS.T.C. 30/1986, 147/1987 y 97/1995), por lo que resultará vulnerado «en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente arbitraria o irrazonable».

Ahora bien, para que (por denegación inmotivada o con motivación irrazonable o arbitraria) resulte una vulneración de dicho derecho, es preciso que en la prueba propuesta concurren una serie de requisitos (requisitos para la procedencia de su admisión), que cabe resumir como sigue: a) propuesta en tiempo y forma: por tratarse de un derecho de configuración legal «su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es *conditio sine qua non* para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos»; b) relevancia o virtualidad exculpatoria de los hechos que se pretendían probar, puesto que la indefensión que proscribe la Constitución ha de ser material, y que «habrá de ser alegada y fundamentada por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda»; y finalmente, c) idoneidad objetiva del medio probatorio propuesto para la acreditación de tales hechos relevantes."

(S.T.C. 169/1996, 29 oct., 8. El T.C. estima el recurso de amparo)

El derecho de acceso a los recursos queda garantizado mediante una resolución judicial que, aunque inadmita el recurso o lo declare improcedente, tenga su fundamento en una aplicación e interpretación razonadas de la norma a cuyo cumplimiento se condicione el ejercicio del medio de impugnación.

(S.T.C. 170/1996, 29 oct., 2. El T.C. otorga el amparo solicitado)

ARTÍCULO 24.2 (DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS)

Doctrina general sobre el contenido del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

(S.T.C. 100/1996, 11 jun., 2. El T.C. deniega el amparo solicitado)

ARTÍCULO 24.2 (DERECHO A LA DEFENSA)

Doctrina general.

Irregularidad procesal, falta de notificación de la admisión de la querrela, que no se traduce en una efectiva y real indefensión o en carencia de las garantías esenciales del proceso.

(S.T.C. 100/1996, 11 jun., 3 y 4. El T.C. deniega el amparo solicitado. Hay un voto particular que formula el Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera, para quien debió concederse el amparo constitucional por haber sido violado su derecho de defensa del artículo 24.2 C.E., en la configuración que este precepto constitucional obtiene por las normas del artículo 118 L.E.Crim.)

El citado derecho se garantiza mediante la existencia de un procedimiento contradictorio.

(S.T.C. 128/1996, 9 jul., 7. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

Ausencia de debate contradictorio.

“Radicalmente diferente es la situación que ahora afrontamos, lo que en realidad se produjo es una exclusión explícita de una indemnización en cuantía superior a la que pedía la interesada. De ahí que el fallo judicial haya supuesto una modificación de los términos en que se produjo el debate procesal en apelación y que, con la sustracción de un verdadero debate contradictorio, haya entrañado una vulneración del derecho fundamental de defensa.”

(S.T.C. 144/1996, 16 sep., 4. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

Las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 de la C.E. son aplicables también en los procedimientos administrativos sancionadores.

“Desde la S.T.C. 18/1981 este Tribunal viene declarando reiteradamente que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 C.E. son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones que resultan de su propia natura-

leza, y que «tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena». Por otro lado, la doctrina constitucional ha precisado el alcance de esta regla concretando, en lo que afecta al caso presente, la aplicabilidad a tales procedimientos disciplinarios del derecho a la defensa y a la actividad probatoria.”

(S.T.C. 169/1996, 29 oct., 7. El T.C. estima el recurso de amparo)

ARTÍCULO 24.2 (DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA)

Contenido del mencionado derecho fundamental.

(S.T.C. 128/1996, 9 jul., 6. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

ARTÍCULO 24.2 (PRESUNCIÓN DE INOCENCIA)

El citado derecho exige que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos.

“Las garantías procesales establecidas en el artículo 24 C.E. adquieren especial relevancia en las sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, porque «es claro que la situación de sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales» (S.T.C. 97/1995, con cita en la S.T.C. 120/1990).”

(S.T.C. 127/1996, 9 jul., 3. El T.C. otorga el amparo solicitado)

Ausencia de prueba de cargo.

“Basta con reiterar aquí la doctrina ya sentada en anteriores resoluciones, a cuyo tenor la constancia en el sumario de haberse practicado una identificación de la actora por una diligencia de reconocimiento en rueda, si bien constituye medio de prueba idóneo para precisar con exactitud la persona frente a la que se realizan determinadas imputaciones no es, sin embargo, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de que goza la identificada de este modo, sino que, para que así fuere, «será necesario que aparte de la identificación y determinación del inculcado, se aporten medios de prueba que, referentes a los hechos y actividades que se le imputan, se produzcan con las necesarias garantías de inmediación y contradicción en la vista oral, pues el juicio lógi-

camente no versa sobre la identificación del inculgado como objeto de la acusación sino sobre su culpabilidad o inocencia».

(S.T.C. 148/1996, 25 sep., Único. El T.C. estima el amparo solicitado. Asimismo el Ministerio Fiscal interesa la estimación del amparo solicitado pues las declaraciones sumariales inculpativas contra la actora y la identificación en rueda de detenidos no pueden servir de cargo ante la incomparencia de los testigos. Sus declaraciones sumariales debieron ser objeto de lectura, a fin de producir en el plenario un debate público y contradictorio respecto de ellas; no se hizo así, y tan grave defecto no puede salvarse con la mera referencia de dar por reproducidas la prueba documental, fórmula ya rechazada en tales términos por el Tribunal Constitucional)

ARTÍCULO 24.2 (DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS)

Ausencia de contradicción procesal.

“La vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que resulta de haber sido condenada la recurrente por unos hechos introducidos por primera vez en el debate procesal con la interposición del recurso de apelación, hechos que en modo alguno pueden ser considerados objeto de la denuncia que dio lugar al juicio de faltas, ni fueron debatidos en el acto del juicio oral.

Como en múltiples ocasiones ha reconocido este Tribunal, el derecho a la doble instancia penal rige también en los juicios de faltas y, obviamente, supondría una anulación de tal derecho y del derecho a poder ejercitar la defensa en ambas instancias admitir que se pueda modificar sustancialmente el objeto del proceso o, mejor dicho, que se pueda introducir una pretensión acusatoria totalmente nueva o no ejercitada debidamente en la primera instancia. El acontecer procesal descrito supuso que la solicitante de amparo no pudo defenderse en la vista oral, conforme a las exigencias del principio de contradicción, de los hechos por los que resultó condenada, por la simple razón de que no fueron objeto del proceso penal.”

(S.T.C. 150/1996, 30 sep., 3. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

ARTÍCULO 24.2 (DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN)

Falta de traslado a las partes de los escritos de formalización del recurso de apelación.

(S.T.C. 151/1996, 30 sep., 3. El T.C. otorga el amparo solicitado, puesto que en momento alguno se

puso en conocimiento de los condenados, hoy demandantes de amparo, la pretensión impugnatoria del Ministerio Fiscal. La apelación fue resuelta sin haber dado oportunidad a los demandantes del amparo de hacer las alegaciones que hubieran tenido por pertinentes, ya que la misma se sustanció sin celebración de vista)

ARTÍCULO 24.2 (DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY)

El citado derecho puede resultar vulnerado si se atribuye un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria. Jurisdicción militar.

(S.T.C. 177/1996, 11 nov., 4 a 6. El T.C. desestima el recurso de amparo)

ARTÍCULO 25.1 (PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL)

Doctrina general sobre las garantías que emanan del principio de legalidad penal.

(S.T.C. 156/1996, 14 oct., 1. El T.C. otorga el amparo solicitado)

Omisión de la verificación de un elemento del tipo: Que el daño causado exceda de la cuantía cubierta por el Seguro Obligatorio. Falta de imprudencia simple con infracción de reglamentos.

“El examen de la demanda y de las actuaciones remitidas por el Juzgado de Instrucción de Órdenes y la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña pone de relieve que el demandante de amparo fue condenado como autor de una falta de imprudencia simple con infracción de reglamentos, supuestamente prevista y penada en el artículo 600 del Código Penal, al considerarle responsable de la colisión del vehículo que conducía contra un camión al que únicamente causó daños materiales por importe de 278.510 pesetas. La simple lectura del precepto penal cuya indebida aplicación se denuncia evidencia que, para que la conducta fuese delictiva, se exigía en el artículo 600 del Código Penal vigente en el momento de ocurrir los hechos -3 de julio de 1991- que la conducta imprudente hubiera causado daños en las cosas cuyo importe excediese de la cuantía cubierta por el Seguro Obligatorio, requisito este que cualquiera que sea la naturaleza material que quepa atribuirle, traza rígidamente los límites del actuar punible.”

(S.T.C. 156/1996, 14 oct., 2. El T.C. otorga el amparo solicitado porque los daños que se imputan

al demandante de amparo en modo alguno alcanzaron a cubrir la cifra mínima requerida por el tipo, cualquiera que sea la que se considere, de las diversas que se sucedieron en el tiempo)

ARTÍCULO 25.2 (REINSERCIÓN SOCIAL DE PENADOS)

Denegación injustificada de permiso de salida a un recluso.

(S.T.C. 112/1996, 24 jun., 4 a 6. El T.C. otorga el amparo solicitado)

La orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por dicho principio.

(S.T.C. 119/1996, 8 jul., 4. El T.C. desestima el recurso de amparo. Hay un voto particular que formula el Magistrado Vives Antón para quien debería haberse otorgado el amparo solicitado y anulado los Acuerdos impugnados, ya que su adopción se basó en una mera Circular carente de la cobertura legal que exige el artículo 25.2, C.E.)

ARTÍCULO 25.3 (POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN)

La decisión de internamiento del extranjero pendiente de expulsión no es una decisión administrativa sino judicial.

(S.T.C. 182/1996, 12 nov., 4. El T.C. otorga el amparo solicitado)

ARTÍCULO 120.3 (MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS)

Doctrina general sobre esta exigencia constitucional.

(S.T.C. 128/1996, 9 jul., 10. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

II. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1.c) (INVOCACIÓN FORMAL EN EL PROCESO DEL DERECHO VULNERADO)

Naturaleza subsidiaria del recurso de amparo.

(S.T.C. 100/1996, 11 jun., 1. El T.C. deniega el amparo solicitado. El T.C. desestima el primer motivo del recurso, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, al no haber sido invocada dicha queja en la vía judicial previa; concretamente ante el Tribunal Supremo al formalizar el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia condenatoria de instancia)

Subsidiariedad de la jurisdicción constitucional de amparo.

“El artículo 44.1.c) L.O.T.C. no contempla, pues, como no podía ser de otro modo, un mero rito para poner a prueba la diligencia procesal del amparable, sino que incorpora una exigencia con la que se pretende tanto «que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental, dándole la oportunidad para que puedan argumentar dialécticamente y pronunciarse sobre la cuestión que posteriormente puede ser tratada como causa y fundamento del recurso último y subsidiario de amparo», como preservar «los derechos de la otra parte, a la que también ha de darse oportunidad en el curso del proceso judicial para que pueda argumentar dialécticamente y defenderse sobre esa presunta violación del derecho fundamental».”

(S.T.C. 143/1996, 16 sep., Único. El T.C. inadmite el recurso de amparo)

III. CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 70 (CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS)

Refundición de las penas o cumplimiento secuencial de las mismas.

(S.T.C. 130/1996, 9 jul., 2. El T.C. otorgó el amparo solicitado, puesto que el incidente de refundición de condena se tramitó a instancia del penado sin asistencia letrada, con la sola intervención del Fiscal)

ARTÍCULO 452 bis d), 1.º (DELITO DE PROSTITUCIÓN)

Bien jurídico protegido por el citado delito.

“El bien jurídico protegido es precisamente la libertad de las personas en la esfera sexual, en el entendimiento de que este tipo de locales propicia, o propiciaba, por lo que luego se dirá, el comercio lucrativo en beneficio de terceras personas, supuesto que en el Código Penal de 25 de noviembre de 1995 puede entenderse que se ha excluido del

ámbito penal pasando a ser un hecho atípico, cuestión sobre la que no puede pronunciarse el Tribunal Constitucional, y que sí habrá de hacerlo la jurisdicción ordinaria, siendo para ello preciso acudir al correspondiente proceso de revisión, como más adelante se dirá.

El hecho de la prostitución ajena de personas capaces, se recoja o no en un texto legal penal, es un tema de política legislativa criminal, que no corresponde enjuiciar, en principio, a este Tribunal. Las observaciones que formula el recurrente parecen más bien dirigidas, en general, al futuro legislador, pero nada tiene que ver con la imposición por parte del Estado de normas que sólo traigan causa en un concepto específico de una confesión religiosa."

(S.T.C. 129/1996, 9 jul., 2. El T.C. deniega el amparo solicitado)

ARTÍCULO 600 (FALTA DE IMPRUDENCIA SIMPLE CON INFRACCIÓN DE REGLAMENTOS)

Sanción penal a una conducta que no reúne todos los requisitos del tipo.

Imprudencia simple con resultado de daños inferiores al límite indemnizatorio máximo cubierto por el Seguro Obligatorio.

(S.T.C. 156/1996, 14 oct. Vid. texto en reseña al art. 25.1, C.E.)

IV. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 504 (PRISIÓN PROVISIONAL)

Prórroga indebida de prisión provisional.

(S.T.C. 158/1996, 15 oct. Vid. texto en reseña al art. 17.1, C.E.)

V. LEGISLACIÓN ESPECIAL

A) LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 51 (COMUNICACIONES DE LOS INTERNOS)

Intervención de las comunicaciones de un recluso.

(S.T.C. 170/1996, 29 oct. Vid. texto en reseña al art. 18.3, C.E. El T.C. otorga el amparo solicitado)

ARTÍCULO 51.5 (COMUNICACIONES Y VISITAS)

Intervención de la correspondencia del penado sin respetar el proceso debido legal y reglamentario.

"Se pone de manifiesto que existió una intervención de la correspondencia del penado con el Juez de Vigilancia Penitenciaria, efectuada por los funcionarios de la prisión sin que, como afirma el Fiscal, se hubiese solicitado judicialmente la intervención de la correspondencia del penado o, como se prevé en el artículo 51.5, L.G.P. y artículo 98.4 del Reglamento Penitenciario, las hubiese acordado la Junta de Régimen y Administración del establecimiento por razones de seguridad, por interés del tratamiento o buen orden del establecimiento, o que, por razones de urgencia, las hubiera ordenado el Director con aprobación de la misma Junta, con notificación al interno, y debiendo ser comunicados al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Resulta evidente que la Administración Penitenciaria no respetó el proceso debido legal y reglamentariamente."

(S.T.C. 127/1996, 9 jul., 4. El T.C. otorga el amparo solicitado)

ARTÍCULO 76.2.d) (JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA)

La imposición y ejecución inmediata por parte de la Administración Penitenciaria sin requerir con carácter previo la autorización judicial, supuso la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

(S.T.C. 128/1996, 9 jul., 9. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

B) REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 1981

ARTÍCULO 130.1.e) (DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA)

Recluso incurso en expediente penitenciario sancionador.

(S.T.C. 128/1996, 9 jul., 6. El T.C. estima parcialmente el recurso de amparo)

ARTÍCULO 254 (DE LOS PERMISOS DE SALIDA)

Al conectar los permisos de salida a la obtención de la libertad condicional se obvian las funciones que en sí mismo el permiso está llamado a cumplir.

(S.T.C. 112/1996, 24 jun., 6. El T.C. otorga el amparo solicitado)

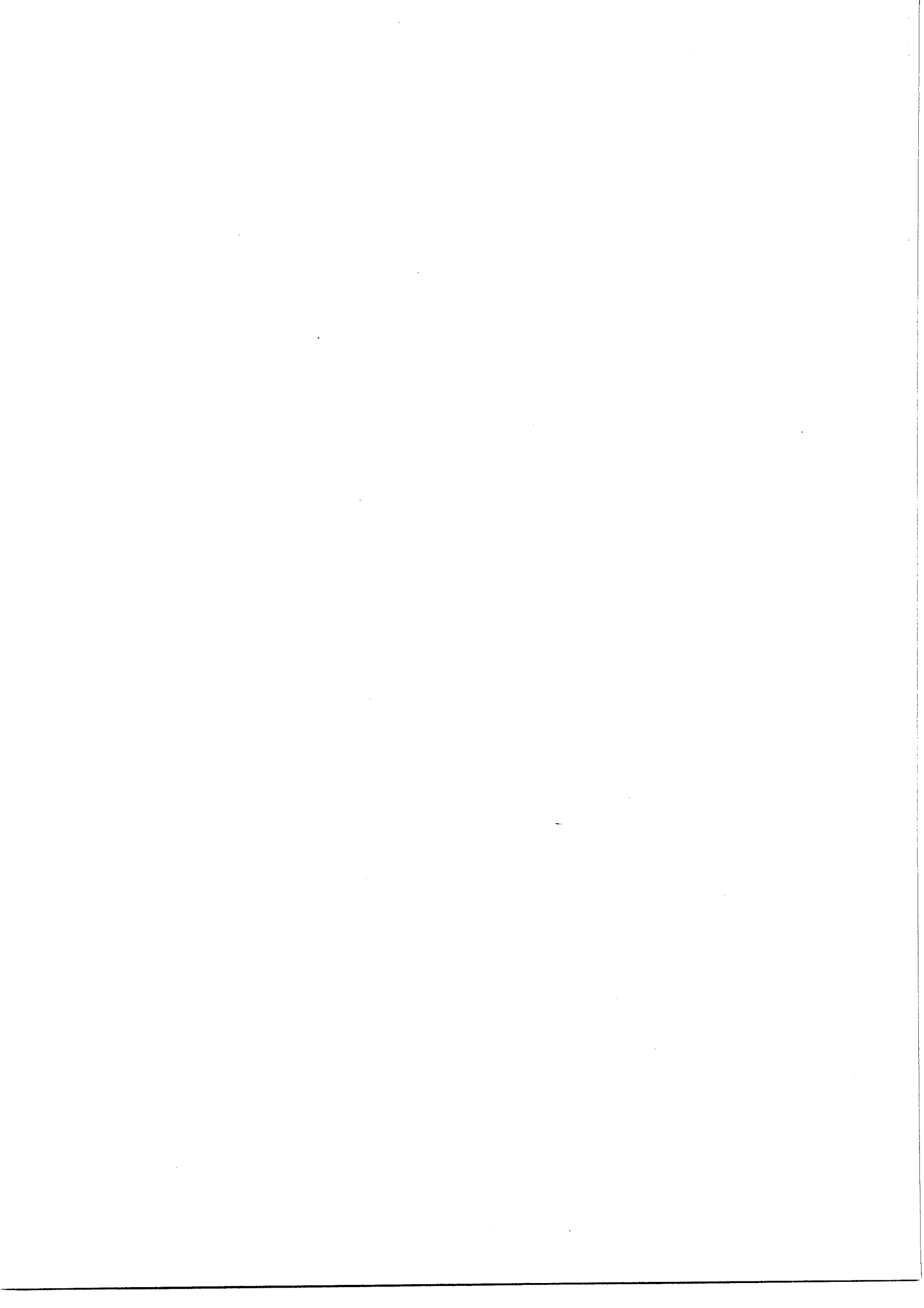
C) LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

ARTÍCULO 26.2 (MEDIDAS DE

INTERNAMIENTO DEL EXTRANJERO PENDIENTE DE EXPULSIÓN)

La medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada.

(S.T.C. 182/1996, 12 nov., 3. El T.C. otorga el amparo solicitado, toda vez que el internamiento se acordó por el Juez de Instrucción teniendo en cuenta exclusivamente la existencia de una decisión administrativa que decretaba la expulsión, sin hacer referencia alguna a los motivos o razones que determinan el internamiento durante el tiempo anterior a dicha expulsión, esto es, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del recurrente, a la mayor o menor probabilidad de huida, etc.) ●



Sistemas penales comparados



Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa

Alemania

Dr. Martin Paul Wassmer

Universidad de Friburgo de Brisgovia

El Derecho Penal contra la corrupción en Alemania fue reformado con la entrada en vigor, el 20 de agosto de 1997, de la Ley para el combate de la corrupción (KBG), siendo considerablemente extendido y endurecido. Motivo de la reforma fue, por una parte, la revelación de numerosos casos de corrupción de grandes proporciones, especialmente en el sector de la construcción y en el de las adquisiciones públicas. Lo anterior produjo una amplia discusión: así, por ejemplo, en septiembre de 1996 la sección de Derecho Penal de la Reunión de Juristas Alemanes (DJT) se ocupó de la corrupción, mientras que en el sector estatal hubo numerosas iniciativas legales. Por otro lado, ha aumentado el interés internacional en el combate común contra la corrupción, en vista de la dimensión global de ésta, como lo demuestran convenios internacionales que Alemania ha ratificado recientemente y que pronto entran en vigor: así, por ejemplo, la Ley contra el cohecho comunitario (EUBestG), promulgada con fecha 21 de septiembre de 1998, que transforma en Derecho nacional obligaciones derivadas del Protocolo del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 21 de septiembre de 1996, así como del Convenio sobre el combate del cohecho, de 26 de mayo de 1997. Además la Ley contra el cohecho internacional (IntBestG), promulgada al mismo tiempo, transforma en Derecho nacional un Convenio que, siguiendo una iniciativa de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), fue firmado por 33 Estados el 17 de diciembre de 1997 en París.

Este Derecho Penal de la corrupción reformado está llamado a brindar una amplia protección contra el cohecho de funcionarios (i), el cohecho

en la economía privada (ii), los acuerdos ilícitos limitativos de la competencia (iii), así como el cohecho de diputados (iv).

I

Los párrafos 331 y ss. del Código Penal alemán (StGB) reprimen el *cohecho en la Administración Pública*, tanto de funcionarios como de personas especialmente obligadas en razón de servicio público. Bien jurídico protegido no es sólo la integridad del servicio público, sino también la confianza pública en dicha integridad. En el aspecto pasivo se sanciona la acción de pedir, dejarse prometer, aceptar o recibir un beneficio, sea por el desempeño del cargo (aceptación de beneficios, §331 StGB), sea como contraprestación por un acto oficial (o judicial, en el caso de los jueces) efectuado o a efectuar en el futuro con infracción de las obligaciones del cargo (cohecho pasivo, §332 StGB). Simétricamente es punible en el aspecto activo el ofrecimiento, la promesa o la entrega de un beneficio (ofrecimiento de beneficios, §332 StGB; cohecho activo, §334 StGB). La omisión de un acto oficial (o judicial, en su caso) está equiparada a su realización (§336 StGB).

1. El ámbito de aplicación de los párrafos 331 y ss. StGB está determinado esencialmente por el concepto de *funcionario* (§11, inciso 1.º, n.º 2 y 4 StGB).

A consecuencia de la tendencia en Alemania a traspasar el cumplimiento de funciones públicas a empresas estatales organizadas según el Derecho privado o a *particulares* o empresas *privadas*, se ha planteado la cuestión de si los empleados en estas empresas son funcionarios. El Tribunal Supremo Federal (BGH) lo negó en el año 1992, en el caso del gerente de una sociedad constructora de viviendas perteneciente a un Estado Federal, lo que abrió un considerable vacío de penalidad. Ahora la KBG ha complementado el §11 inciso 1.º, n.º 2 c

StGB, dejando en claro que la forma de organización escogida para el cumplimiento de las funciones no es decisiva, con lo cual sigue un criterio funcional. Sin embargo, con esto aún no se abarcan los importantes casos de encargo a arquitectos y a oficinas de ingenieros en el marco de proyectos públicos de construcción. Así el BGH, en una sentencia del año 1997, no considera suficiente un mandato de Derecho privado, y exige más bien un encargo según las normas del Derecho público, que tendría que conducir a una incorporación orgánica en la estructura de la administración. Esto hace ineludibles otros complementos.

Otra extensión del Derecho Penal alemán de la corrupción viene prevista por la EUBestG y la IntBestG, pues igualmente respecto del cohecho de *funcionarios extranjeros* existían, en parte, sensibles vacíos de punibilidad. En relación al cohecho pasivo (§332 StGB) y activo (§334 StGB) respecto de futuros actos oficiales y judiciales, el art. 2 §1 de la EUBestG equipara a los funcionarios y jueces de otros Estados miembros, funcionarios comunitarios, miembros de tribunales de la Unión Europea, de la Comisión y del Tribunal de Cuentas a los funcionarios y jueces alemanes. El art. 2 §1 IntBestG abarca sólo el cohecho activo (§334 StGB) de jueces extranjeros (también de un Tribunal Internacional) y otros funcionarios y empleados de una organización internacional en el contexto del tráfico comercial internacional, para lo cual, sin embargo, en interés de una protección amplia, los conceptos "tráfico comercial" e "internacional" se interpretan en un sentido amplio y presuponen simplemente una relación con el extranjero. Es de destacar que según el art. 2 §1 n.º 2 b IntBestG ya un simple mandato de realizar tareas públicas funda la calidad de funcionario. Con esto se renuncia a la exigencia de una obligación oficial (§11, inciso 1.º, n.º 4 StGB), pues ésta se da rara vez en el extranjero. En esta medida la IntBestG anticipa ya este necesario complemento del Derecho alemán y muestra el camino a seguir.

2. Punto central de la nueva legislación es el relajamiento de la exigencia del llamado *acuerdo ilícito* en la aceptación (§331 StGB) y ofrecimiento de beneficios (§333 StGB). El Derecho vigente hasta ahora requería que el beneficio representara una contraprestación de un acto oficial, con lo cual tenía como presupuesto una relación estrecha entre el beneficio y un acto oficial concreto. Es cierto que la jurisprudencia interpretó la conexión en un sentido amplio, sin embargo llegaba a sus límites cuando prestación y acto oficial estaban temporalmente desfasados. Por ejemplo, cuando la prestación simplemente

perseguía la buena disposición o el favor del funcionario en general ("fomento de un clima favorable"), establecer relaciones ("dar forraje") o agradecer una buena y colaborativa gestión ("recompensa"). Además era con frecuencia imposible —especialmente respecto de funcionarios superiores— probar un acto oficial concreto. La nueva regulación no adopta ahora como punto de referencia del acuerdo ilícito el *acto oficial*, sino el *desempeño de las funciones*. Mediante la renuncia al acto oficial concreto, la nueva redacción relaja considerablemente las exigencias: ahora están comprendidos todos los beneficios otorgados con la idea de que por ellos el funcionario ha realizado o realizará alguna actividad oficial. El "dar forraje", el "fomento de un clima favorable" y la "recompensa" a funcionarios son con esto por regla general punibles, aun cuando problemas probatorios —la alternativa de una inversión de la carga de la prueba no puede ser considerada en el Derecho alemán— sean inevitables. Mediante el mantenimiento del requisito del acuerdo ilícito quedan excluidos los beneficios usuales, socialmente adecuados y no merecedores de pena, en los que falta el elemento final de ejercer influencia indebida, como por ejemplo regalos de parientes con ocasión de un ascenso o promoción, o el envío de ejemplares de muestra a profesores universitarios.

3. Según jurisprudencia y opinión dominante, los parágrafos 331 y ss. StGB suponían, más allá del tenor literal no del todo claro, que el funcionario obrara en *beneficio propio*. A través del beneficio entregado, el funcionario debía —al menos en forma mediata— enriquecerse personalmente, sea material o inmaterialmente. Esto condujo a grandes dificultades de aplicación y vacíos de punibilidad, especialmente respecto de beneficios para la pareja, amigos y organizaciones —como por ejemplo partidos políticos—, con lo cual las medidas para ocultar que el funcionario era el verdadero beneficiario resultaban casi fomentadas. Ya que el bien jurídico de los delitos de cohecho también se ve afectado por beneficios otorgados a terceros y los convenios internacionales prescriben una extensión de dichos delitos a estos casos, la KBG ha puesto ahora en claro que un funcionario no es sólo punible cuando pide un beneficio *para sí mismo*, sino también cuando lo hace *para un tercero*.

4. Según el antiguo Derecho, el ofrecimiento de beneficios (§333 StGB) era solamente punible cuando se vinculaba a una decisión facultativa *future*. Esto se justificaba con el argumento de que en la opinión pública primaba la opinión de que el

otorgamiento de un beneficio por una actuación debida no sería reprochable, sino sólo un acto de agradecimiento. Mientras tanto, sin embargo, esta opinión dejó de ser válida, especialmente porque con el tiempo los beneficios fueron adquiriendo proporciones alarmantes. Por esta razón, el §333 StGB se extiende ahora a todo desempeño de funciones y está así estructurado en simetría al §331 inciso 1.º StGB.

5. Por razones tanto de prevención general como especial los antiguos *marcos penales* para los delitos de cohecho eran, en general, considerados demasiado leves. Ahora el legislador ha elevado el extremo máximo de la pena privativa de libertad para los simples delitos de aceptación y ofrecimiento de beneficios (§§331, 333 StGB) de dos a tres años, respecto de jueces incluso de tres a cinco años (§§331 inciso 2.º, 333 inciso 2.º StGB). Para los crímenes de cohecho pasivo y activo (§§332, 334 StGB) el límite máximo se mantiene sin variación en cinco años (§§332 inciso 1.º, 334 inciso 1.º StGB; respecto de jueces en diez años según el §332 inciso 2.º StGB y, respectivamente, en cinco años, §334 inciso 2.º StGB), si bien para casos graves se ha introducido una norma de determinación de la pena para casos especialmente graves (§335 StGB), que amenaza con una pena máxima privativa de libertad de diez años, y para jueces con una pena mínima privativa de libertad de dos años. Ciertamente la moderna técnica empleada, esto es, la técnica de ejemplos de casos que, por regla general, constituyen un caso especialmente grave (*Regelbeispiel*) brinda la posibilidad de una medida flexible de la pena. Sin embargo, dudas y reservas basadas en el principio jurídico-penal de la tipificación estricta (art. 103 inciso 2.º de la Ley Fundamental alemana). Así, se da un caso que por regla general constituye un caso especialmente grave cuando se obtiene un *beneficio de grandes proporciones* (§335 inciso 2.º, n.º 1 StGB) o en el caso de una recepción *continuada* de beneficios (n.º 2), pues en estos casos ya no se trata de criminalidad liviana. El §335 inciso 2.º, n.º 3 StGB, por último, debería abarcar la criminalidad organizada, en cuanto contempla la *profesionalidad* y las actuaciones como *miembro de una banda o cuadrilla*. La limitación de la norma sobre casos especialmente graves a la parte pasiva se justifica por el mayor merecimiento de pena de los funcionarios y jueces.

6. Como novedad se han introducido normas sobre *pena patrimonial* y *comiso ampliado* (§338 StGB). Estas normas, que se aplican en casos de cohecho activo profesional y en banda, están lla-

mas a privar a la parte activa de recursos financieros y de esta forma a prevenir la constitución y expansión de organizaciones criminales. Sin embargo, la exclusión de la parte pasiva no es convincente, pues por razones de equidad y de prevención general se impone una depauperación económica de ambas partes.

7. En relación con el Derecho Procesal Penal (StPO), a instancia de los órganos de persecución penal se propuso en el proceso legislativo la introducción de una pequeña regulación para los *"testigos de la corona"*. Sin embargo, esta propuesta no logró imponerse, puesto que mayoritariamente se sostuvo que con los instrumentos del sobreesimiento y de la determinación de la pena se podían alcanzar los mismos resultados. Tampoco se adoptó la *interceptación telefónica* para casos graves de corrupción, lo que ha sido muy lamentado por los órganos de persecución penal.

II

De la Ley contra la competencia desleal (UWG) se extrajo su §12, que castigaba el *cohecho activo y pasivo en la economía privada*, para incorporarlo, como §299, al Código Penal. Este cambio de ubicación persigue reforzar la conciencia de la población en cuanto a que la corrupción en el ámbito comercial no afecta solamente a las empresas, sino que representa un comportamiento socialmente dañoso. Además, el §301 inciso 1.º hace posible la persecución penal de oficio cuando existe un *especial interés público*. La anterior configuración del delito como mero delito de acción privada había conducido a que, por temor a perder imagen o a tener que revelar asuntos internos referidos a sus negocios, muchas empresas no presentaran querrela alguna, lo que desde el punto de vista de la persecución penal no resultaba satisfactorio, pues en estos casos normalmente no se trata de criminalidad liviana. Por último, el cohecho en la economía privada se ha equiparado parcialmente al cohecho de funcionarios: el marco penal, que hasta ahora se consideraba demasiado leve, prevé ahora una pena máxima de hasta tres años y para casos especialmente graves (§300 StGB) de hasta cinco años; también es posible ahora aplicar la pena patrimonial a la parte activa y el comiso ampliado a ambas partes (§302 StGB). También se han penalizado los beneficios a terceros, pero, en contraposición a los parágrafos 331 y ss. StGB, la punibilidad sigue limitada a favores futuros, con lo cual el "fomento de un clima favorable", el "dar fomento" o la "recompensa" siguen siendo tan impunes como las dádivas al dueño del negocio.

tuosa de la incolumidad de la cosa pública³. De allí en más, el Estado pasó de ser "un severo recolector de impuestos y distribuidor de sanciones" a convertirse en "una maquinaria de hacer y recibir favores"; los grandes grupos económicos, descubridores de la "vulnerabilidad económica y moral del funcionario argentino, hicieron de la corrupción sistemática una clave de su estrategia de expansión", y los partidos políticos pasaron a manejar fuertes sumas de dinero no declaradas, "dentro y fuera de las campañas electorales"⁴.

IV. Se ha sostenido que el culto al dinero y la atracción del poder absoluto son los factores que conducen a la desnaturalización de una forma de gobierno⁵. Si es correcta tal afirmación, no hay duda de que nuestra sociedad, lanzada a un economismo desenfrenado y desalentada en su tradicional sentido de la solidaridad, mide hoy —como nunca— el éxito de hombres y naciones según sus riquezas materiales. Simultáneamente, determinadas decisiones adoptadas desde el poder político en el último decenio han retroalimentado la fuerza centrípeta que ese poder ejerce sobre todo gobernante⁶.

Con ese marco, las críticas dirigidas al oficialismo y a su entorno no han sido monopolio de los políticos de la oposición. Conspicuos miembros del propio gabinete del Dr. Menem, como los Dres. Gustavo Béliz (Interior) y Domingo Cavallo (Economía), acompañaron sus respectivas renunciaciones con públicas expresiones de rechazo al obrar de individuos o grupos pertenecientes o allegados a la cúpula del Poder Ejecutivo. El primero aludió metafóricamente al "nido de víboras" del que había resuelto distanciarse; el segundo formuló denuncias ante el Congreso de la Nación, cuando todavía ocupaba el Ministerio de Economía, respecto de la existencia de "mafias enquistadas en el poder", desarrollando sus imputaciones en una voluminosa crónica⁷.

Lo cierto es que casos tales como el de la virtual existencia de una aduana paralela, la guerra empresarial por el control del correo oficial, la venta ilegal de armas a Ecuador, Croacia y Bosnia y las dádivas repartidas para encubrir irregularidades en la provisión de un sistema informático al Banco de la Nación contratada con la empresa IBM, faltos de elucidación hasta el momento, se han visto ensombrecidos por las muertes del brigadier Echegoyen (13-XII-90), interventor de la Administración Nacional de Aduanas; del subcomisario Jorge Gutiérrez (29-VIII-94), abocado a la investigación de las aduanas paralelas; del reportero gráfico José Luis Cabezas (25-I-96), autor de exclusivas fotografías del empresario postal Alfredo Yabran, imputado principal en las denuncias del ex ministro Cavallo; del propio Yabran (20-V-98), del

ex capitán de navío Horacio Estrada (25-VIII-98), declarante en el juicio por la venta ilegal de armas a Ecuador, y de Marcelo Pablo Cattáneo (4-X-98), operador económico de su hermano Juan Carlos, exsubsecretario de la Presidencia de la Nación e imputado en la causa consagrada a la investigación del contrato IBM-Banco Nación. De esas seis muertes, dos constituyeron claros homicidios (Gutiérrez y Cabezas) en tanto que los cuatro restantes, a primera vista suicidios, aparecen rodeados de incógnitas y contrasentidos que, en casos como el de Cattáneo, rozan el grotesco⁸.

Paralelamente, una serie de escándalos que no conoce precedentes ha puesto en crisis la actuación de varios magistrados federales y nacionales, alguno de los cuales ha resultado condenado, en tanto que otros se encuentran detenidos a la espera de juicio, imputados de la comisión del tipo de delitos que atañen a este informe⁹.

V. El Código Penal argentino (1922) contó inicialmente con las figuras tradicionales de cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales y prevaricato, para enfrentar la corrupción de los funcionarios públicos¹⁰.

En 1963, la Ley 16.648 añadió el Capítulo IX bis, bajo el epígrafe: "Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados", dotado de dos artículos —268 (1) y 268 (2)— en los que se plasman sendas figuras de utilización de informaciones oficiales reservadas con fin de lucro y enriquecimiento ilícito de funcionarios. La primera, que memora la célebre anécdota aristotélica¹¹, pena con seis meses a dos años de prisión o dos a seis años de reclusión e inhabilitación absoluta por tres a diez años, al funcionario público que, con fines de lucro, utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo. La segunda prevé reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años para quien, al ser debidamente requerido, no justificara la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público; también reprime, con prisión de uno a cuatro años, a la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento¹².

La Ley 21.338, de 1976, ratificada en este aspecto por la 23.077, de 1984, restableció la suspensión de la prescripción de la acción penal relativa a estos ilícitos, "mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público" (CPA, art. 67, 2.º párrafo)¹³.

VI. En el supremo nivel normativo, la reforma constitucional de 1994 impuso al Congreso Nacional una deuda —aún hoy— pendiente: la sanción de

una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función" (CN, art. 36 *in fine*)¹⁴.

Frente a la demora del poder legislativo sobre el particular, reiteradamente señalada por la doctrina¹⁵, algunas medidas del poder ejecutivo nacional aparecen destinadas a otorgar mayor dinamismo al arsenal de figuras jurídico-penales citado en el párrafo precedente. Tres son las más importantes: a) Decreto n.º 494/95, que aprueba el régimen de declaraciones juradas patrimoniales y de requerimiento de justificación de incrementos patrimoniales, de aplicación en todos los organismos de la Administración pública nacional; b) Decreto 152/97, que crea en el ámbito de la Presidencia de la Nación la Oficina Nacional de Ética Pública encargada, entre otros menesteres, de dictar un reglamento nacional sobre el tópico y de crear y desarrollar programas de control y seguimiento de incompatibilidades en el ejercicio de la función pública, y de la situación patrimonial y financiera de todos los agentes; c) Decreto 878/97, que crea el Consejo Asesor de Ética Pública, a fin de colaborar en la redacción del reglamento nacional antes referido.

VII. Un reconocido jurista y magistrado español ha señalado que es cuestión práctica, no exenta de dificultades para el hombre contemporáneo de cualquier latitud, la de distinguir entre el poder de las instituciones estatales y la de una banda de ladrones¹⁶. Para sortear esos obstáculos, "no basta tipificar las conductas lesivas en el Código Penal, especialmente cuando se trata de acciones delictivas relacionadas con la corrupción, ya que si no se brindan los recursos a las autoridades encargadas de su persecución, definiendo una estrategia de investigación sistemática y de amplio alcance, los tipos penales se mantendrán... como una curiosidad, pero sin ningún efecto real"¹⁷. Frente al fatalismo de muchos en torno al tema, coincidimos en que resulta necesario "que cada sector de la comunidad dirija sus esfuerzos en busca de una solución"¹⁸.

Dos fragmentos de Heráclito sirven al propósito de que la clausura de este informe, lejos de tranquilizar al lector, le invite a sumarse a esos esfuerzos: "Es preciso extinguir la prepotencia más que un incendio"; "es preciso que el pueblo luche por la ley como por las murallas"¹⁹.

Notas

1. En la *Constitución de los Atenieses*, capítulo VI, parágrafo 2, el Gran Estagirita rescata la anécdota del inicuo enriquecimiento de los amigos del célebre arconte, quienes, enterados de la inminente abolición de las deudas de los agricultores, solicitaron préstamos para adquirir tierras, beneficiándose luego con la condonación.

2. En base a mediciones practicadas en agosto de 1998, el 73% de los encuestados percibe que el problema de la corrupción

"se agravó mucho", tanto en la órbita estatal cuanto en las empresas privadas, contra el 67% registrado en 1997. La corrupción en el Gobierno y en el sector público obtuvo este año el 35,9% de menciones, contra el 14% del año anterior, pronunciándose un 58,8% de los entrevistados por una mayor severidad en sanciones y penalidades, y el 47,9%, por mayor eficacia e independencia de la justicia" (Fuente: Consultora SOFRES-IBOPE, Buenos Aires). El 60% de los habitantes de Buenos Aires consideran que "el país alcanzó niveles de corrupción desconocidos", y estiman que viven en "el país más corrupto del mundo", admite, basándose en estudios efectuados durante el corriente año, ALBERTO FERNÁNDEZ, vicepresidente del Grupo Banco Provincia ("Cómo mide la gente", columna de opinión, diario *Clarín*, Buenos Aires, 22/X/98, p.22).

3. Véase, por todos, GRONDONA, MARIANO: *La corrupción*, Ed. Planeta, 1993.

4. GRONDONA, M.: op. cit., pp. 47-48.

5. GRONDONA, M.: op. cit., p. 23.

6. El aumento del número de miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de cinco a nueve, dispuesto por el Gobierno en el mes de abril de 1990, dio lugar a la formación de una nueva mayoría en el seno de ese alto cuerpo. La avocación *per saltum* del supremo órgano, respecto de ciertas cuestiones, alguna de ellas vinculada con los cambios operados en el área económica, contribuyó a consolidar la percepción de un poder progresivamente concentrado, situación robustecida en 1994 por la reforma constitucional que introdujo la posibilidad de reelección presidencial por un período consecutivo (art. 90).

7. CAVALLO, DOMINGO: *El peso de la verdad*, Planeta - Espejo de la Argentina, 1997.

8. Revista *Noticias*, Buenos Aires, 9-X-98, p. 28 y ss. No contribuyen a transparentar el ambiente creado, decisiones como la de la mayoría parlamentaria del partido gobernante, al rechazar el pedido de juicio político a un ex ministro de Defensa, actual titular de la cartera de Trabajo, solicitado por un juez federal para indagarlo respecto de la venta ilícita de armamentos, caso que ya precipitó la renuncia de otro ministro en 1996.

9. Las investigaciones preliminares vinculadas con el desafuero de uno de tales jueces dio lugar al pase a disponibilidad de un alto jefe de la Policía Federal, repartición en la que se vaticina una masiva rotación de funcionarios hacia fines de 1998, para evitar una intervención formal, como ocurriera con su análoga bonaerense a partir de sucesos como el asesinato del fotógrafo Cabezas (Fuentes: Revista *Pistas*, Buenos Aires, octubre de 1998, pp. 10-11 y Diario *Clarín*, Buenos Aires, 28-X-98).

10. Código Penal, Libro II, Título XI (Delitos contra la administración pública), Capítulos VI al X.

11. Véase nota 1.

12. El principal reparo opuesto a la figura de enriquecimiento ilícito consistió en la implícita presunción de ilicitud del incremento de patrimonio producido durante el desempeño de funciones públicas y la consiguiente inversión de la carga de la prueba. Frente a ese óbice, parte de nuestra doctrina ha asimilado la situación del funcionario a la del administrador común, a quien se exige una rendición de cuentas al finalizar su gestión: "...la asunción de un cargo público comporta un deber... de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada e incómoda, que se aparte de la función pública", (FONTAN BALESTRA, CARLOS, actualizado por LEDESMA, GUILLERMO C.: *Derecho Penal - Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 886).

13. La Ley 17.567, que rigió entre 1968 y 1973, ya había incluido a los delitos del Capítulo IX bis en dicho precepto del Código Penal.

14. El proyecto con trámite más avanzado, que incluye un régimen general de declaraciones juradas para los funcionarios públicos y crea un cuerpo especial de auditores a tales fines, se encuentra en tercera revisión, desde el 19-VIII-98 (Fuente: Información Parlamentaria - Congreso de la Nación).

15. Las voces en reclamo de una ley de ética pública, anteriores a la reforma constitucional (por todos, FRIAS, PEDRO: "Algunas propuestas contra la corrupción", "La Ley", Buenos Aires, T. 1991-D, Sec. Doctrina, p. 933 y ss.), se han redoblado desde la inclusión de su exigencia en el magno texto (por todos: DANIELIAN, MIGUEL y RAMOS FELICIO, CLAUDIO: "La ley sobre ética pública", en Revista "La Ley", Bs. As., 7-3-96).

16. ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: "Estado de derecho, jurisdicción y corrupción", en "Corrupción", cuaderno de *Pena y Estado*, Revista Latinoamericana de Política Criminal, año 1, n.º 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 23 y ss.

17. CRUZ CASTRO, FERNANDO: "La investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos", en *Corrupción*, op. cit., p. 81 y ss.

18. BERALDI, CARLOS A.: "La corrupción. El principio de un discurso racional a la luz de las ciencias penales", en *La Ley - Actualidad*, Buenos Aires, 16-V-95.

19. "Los fragmentos de Heráclito", comp: CAPPELLETTI, A. J., Tiempo Nuevo, Caracas, 1972, p. 18.

Brasil

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior

*Juiz de Direito em São Paulo - Brasil
Presidente del Consejo de Administración de la
Asociación Jutzes para a Democracia*

Crimes de responsabilidade

1. Crimes de Responsabilidade do Presidente da República e outros agentes públicos

O tratamento jurídico-penal da corrupção política no Brasil se estrutura a partir da Constituição Federal de 1988, a qual prevê, em seu artigo 85, os crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Dentre eles estão os atos que atentem contra a probidade na administração.

Tal dispositivo é minuciosamente regulamentado em lei especial precedente, recebida pela nova ordem constitucional porque com ela compatível. Trata-se da Lei 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade e estabelece as regras do processo de impeachment do Presidente da República por sua prática.

No que se refere à probidade da administração, a referida lei tipifica, em seu artigo 9º, os seguin-

tes crimes: 1) omitir ou retardar dolosamente a publicação de leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2) não prestar ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3) não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4) expedir ordens ou fazer requisições de forma contrária às disposições expressas na Constituição; 5) infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6) usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7) proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

Além do Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-geral da República podem ser sujeitos ativos de crimes de responsabilidade, por improbidade e outros motivos, (artigos 13, 39 e 40 da Lei 1.079/50).

O processo para tem início com uma acusação oficial da Câmara dos Deputados ao Senado Federal, a partir de denúncia feita perante aquela por qualquer cidadão brasileiro ou de conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito. O Senado Federal, reunido sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, é o órgão jurisdicional, no caso.

As penas, de natureza política, aplicáveis ao crime ainda quando simplesmente tentados, são a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública por cinco anos.

A imposição das penas de natureza política não exclui o processo de julgamento por crime comum, na justiça ordinária, se for o caso.

O Brasil teve, em 1993, um Presidente da República julgado e condenado por crime de responsabilidade, por "proceder de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo", ao envolver-se com um ramificado esquema de corrupção administrativa na esfera federal capitaneado por seu ex-tesoureiro de campanha eleitoral.

2. Decreto-lei 201/67

O Decreto-lei 201/67 define crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais e Vereadores, a serem julgados pelo Poder Judiciário.

Dentre estes há, por exemplo: "apropriar-se de bens ou rendas públicas ou desviá-los em proveito próprio ou alheio" (I); "utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens,

rendas ou serviços públicos" (II); "ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes" (V); "antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário" (XII).

Trata-se de crimes de ação pública, punidos com reclusão, de dois a doze anos, ou detenção, de três meses a três anos, conforme a gravidade.

A condenação importa, ainda, em perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, sem prejuízo da reparação do dano causado ao patrimônio público ou particular.

3. Lei 8.429/92

Esta lei versa sobre enriquecimento ilícito e atos de improbidade dos agentes públicos no exercício de mandato, cargo, exercício, emprego ou função, na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Define diversos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios administração pública, prevendo, além das sanções penais comuns e administrativas, as seguintes penas: perda de bens; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos até dez anos; multa civil; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais por dez anos.

A ação tendente à aplicação de tais penas, de forte matiz político –influenciando no status do cidadão– deve ser providenciada pelo Ministério Público.

Há na Lei 8.429/92, ainda, um tipo penal que sanciona a representação por ato de improbidade contra agente público quando o autor da denúncia o sabe inocente (artigo 19). As penas são a detenção, de seis a dez meses, e multa, sem prejuízo de indenização por danos materiais, morais e à imagem do denunciado.

Crimes comuns

1. Código Penal

O Código Penal brasileiro, cuja parte especial data de 1940, contém um título dedicado aos crimes contra a administração pública (Título XI).

O Capítulo I daquele Título define os crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral.

Dentre eles (artigos 315 e seguintes) estão os crimes de peculato, supressão de documentos, emprego ilegal de verbas ou rendas públicas e diversas condutas criminosas omissivas em que o agente é funcionário público.

Dos relacionados com corrupção administrativa, destacam-se: 1) a concussão (artigo 316), consistente em "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida", passível de penas de reclusão, de dois a oito anos, e multa; 2) a corrupção passiva (artigo 317), definida como "solicitar ou receber (...) vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem", punida com penas de reclusão, de um a oito anos, e multa; 3) a advocacia administrativa (artigo 321), consistente em "patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário", para a qual são previstas penas de detenção, de um a três meses, ou multa, se o interesse for legítimo, e detenção, de três meses a um ano, e multa, se o interesse for ilegítimo.

O mesmo Título XI contém um Capítulo II, no qual são previstos outros crimes, em que o agente não é funcionário público, praticados contra a Administração, como: 1) a exploração de prestígio (artigo 332); 2) a corrupção ativa (artigo 333); 3) o impedimento, perturbação ou fraude em concorrência (artigo 335).

Finalmente, no Capítulo III, estão definidos crimes contra a Administração da Justiça. Resultantes de eventuais episódios de corrupção há, por exemplo os crimes de: 1) falso testemunho, falsa perícia ou falsa tradução (artigo 342); 2) coação no curso do processo (artigo 344); fraude processual (artigo 347); exercício arbitrário ou abuso de poder (artigo 350); 3) exploração de prestígio (artigo 357), definido como "solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da Justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha".

2. Legislação penal especial

Diversas outras leis, editadas posteriormente ao Código Penal, contém tipos penais que tratam do problema da corrupção administrativa, sob o enfoque da matéria nelas tratada.

2.1. Lei 8.137/90

A Lei 8.137/90, por exemplo, define crimes contra a ordem tributária (inclusive sonegação fiscal), ordem econômica e relações de consumo.

Há nela um artigo (artigo 3º) que prevê três tipos penais em que o agente é funcionário público, relacionados com processos de corrupção: 1) extravio de livro oficial, processo fiscal ou documento de modo a acarretar problemas no pagamento de tributo (penas de reclusão, de três a oito anos, e multa); 2) exigência, solicitação ou recebimento de vantagem indevida; ou aceitação de tal vantagem para deixar de lançar ou cobrar tributo, ou cobrá-lo parcialmente (penas de reclusão, de três a oito anos, e multa); 3) advocacia administrativa voltada para questão atinente à administração fazendária (penas de reclusão, de um a quatro anos, e multa).

2.2. Lei 8.666/93

Regulamentando o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, a Lei 8.666/93 institui normas para licitações e contratos com a Administração Pública.

Trabalha ela, tal como no Código Penal, também, com um conceito aberto de funcionário público, considerado como sendo "aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público" ou em "entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público" (artigo 84).

Contém um Capítulo (IV) em que são previstas sanções administrativas (Seção II) e penais (Seção III). Estas últimas são distribuídas em dez tipos penais (artigos 89 a 98), todos voltados para coibir atividades tendentes a favorecimentos de pessoas ou empresas em concorrências públicas, garantindo, mediante a tutela penal, a igualdade de condições dos concorrentes, o sigilo de determinados dados, a lisura do processo de escolha e a idoneidade das contratações com o Estado, em observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade que orientam a administração pública.

Podem ser sujeitos ativos de tais crimes tanto o funcionário público quanto o particular, cabendo sempre, ao Ministério Público promover a ação penal (crimes de ação pública).

2.3. Lei 4.737/65 (Código Eleitoral)

O Código Eleitoral reserva o Título IV para as disposições penais.

Há nele uma parte geral, à semelhança do Código Penal, dando regras para a aplicação da lei. De-

pois, entre os artigos 289 e 354, tipos penais e, daí em diante, disposições processuais.

Todos os crimes previstos são crimes de ação pública.

Há vários relacionados com fraudes na inscrição de eleitores e no processo eleitoral, que podem ser praticadas por agentes públicos.

A corrupção eleitoral é prevista no artigo 299, que é formal ou de mera conduta, assim definido: "dar, oferecer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita" (penas de reclusão até quatro anos e multa).

2.4. Outras leis

O singelo conceito de corrupção dado por Dante, na Divina Comédia – "dizer sim, quando não, por dinheiro" – adquiriu, no mundo moderno, uma feição cada vez mais ligado à Administração Pública.

Episódios que envolvem a chamada apropriação privada do espaço público sempre se encaixam nele.

É grande, no Brasil, a corrosão causada nas instituições pela ação deletéria de homens públicos. A marca da impunidade se torna insuportável.

Não é de falta de leis que se ressentem.

Há diversas, além das mencionadas, com dispositivos penais que abordam temas ligados à corrupção.

Assim, a Lei 4.898/65, que trata de abuso de autoridade; a Lei 8.078/90, de proteção e defesa do consumidor; e a Lei 1.521/51, que define crimes contra a economia popular, ordem tributária e relações de consumo.

Embora as condutas nelas tipificadas não se refiram diretamente ao tema em destaque, têm em comum a proteção de bens jurídicos ligados à interesses públicos e sociais, visando a coibir que interesses privados sejam ilegalmente promovidos às custas daqueles.

Chile

Prof. Felipe Caballero Brun
Universidad de Chile

En Chile, a Octubre de 1998, el tratamiento jurídico-penal de la corrupción sigue siendo el mis-

mo que existía hace más de cien años atrás. La legislación penal sustantiva en esta materia no se ha actualizado desde la entrada en vigencia de nuestro Código Penal (1875).

Ello sin lugar a dudas resulta paradójico si se tiene presente que el planteamiento global del Código responde a una realidad social e institucional premoderna, que recogía un diseño político-estatal de carácter decimonónico y donde las interrelaciones que se producían entre la Administración Pública y la actividad de los particulares no tienen correspondencia, cuantitativa ni cualitativa, con las que se observan de modo general actualmente.

Lo anterior representa un aspecto central en la caracterización de cualquier fenómeno de corrupción a objeto de establecer un modelo de control punitivo sobre el mismo.

En este sentido, la contracción del tamaño y actividad del Estado por un lado, y la extensión del rol del mercado y de la iniciativa privada por el otro, condicionan y determinan un nuevo esquema arquitectónico donde las formas de corrupción han resultado y resultan ser demasiado difusas e inaprehensibles para la anacrónica normativa penal.

La regulación penal sustantiva nuestra en este tema fue tomada, y homologada casi íntegramente, de aquella que establecía el Código Penal español de 1848-1850. Es por ello entonces que todos los problemas observados de la antigua normativa española y de su aplicación sean, en mayor o menor medida, extrapolables a nuestra realidad.

Así, ya en la denominación del Título V del Libro II del Código Chileno ("De los Crímenes y Simples Delitos Cometidos por Empleados Públicos en el Desempeño de sus Cargos"), que es el que contiene las figuras típicas relacionadas con la corrupción, surgen dos problemas a destacar.

Desde una perspectiva formal no todos los delitos que tienen por sujeto activo a un funcionario público se encuentran contenidos en el interior del Título V; y no todos los delitos que componen dicho Título exigen de manera exclusiva la condición de funcionario público al sujeto activo. Respecto al primer punto es donde surge una situación que ha dado problemas (al menos interpretativos), ya que la definición normativa de funcionario público está contenida dentro del Título V (art. 260) y tiene operatividad sólo para los efectos de dicho Título (así se establece expresamente); ¿qué concepto ha de utilizarse entonces para aquellas figuras cometidas por funcionarios públicos que se ubican fuera del Título V?

Y desde una perspectiva material, el bien jurídico protegido no aparece con claridad ni univocidad al interior del Título en cuestión, ya que no puede sostenerse bajo ninguna circunstancia que

el objeto allí tutelado sea "la fidelidad o lealtad al deber del cargo".

En lo que atañe específicamente a las figuras típicas contenidas en el Título V, cabe destacar la diversidad de las mismas (prevaricación judicial y administrativa, prevaricación del abogado o procurador, malversación de caudales públicos, fraude al fisco, negociación incompatible, exacción ilegal, etc...) y la nula relevancia de algunas (anticipación y prolongación indebida de funciones públicas, nombramientos ilegales y desviación de fondos públicos entre otras) para justificar la necesidad de la conminación punitiva, debido a que en rigor constituyen meras infracciones de índole administrativa.

En este estado de cosas resulta sorprendente que el proyecto de ley que incorpora nuevas figuras punibles al Título V del Código Penal (tales como el "enriquecimiento ilícito", el "tráfico de influencias" y el "aprovechamiento o uso indebido de información privilegiada")¹ y que lleva más de dos años de tramitación parlamentaria, no se haya hecho cargo de las deficiencias estructurales que presenta nuestra regulación punitiva en este ámbito. Más aún si se tiene presente que las mismas son ampliamente compartidas, desde hace varias décadas, por la comunidad académica nacional.

Sin perjuicio de reconocer que este proyecto de ley cumple con llenar importantes vacíos de punibilidad, no es menos cierto que algunas figuras contenidas en él, específicamente la del "enriquecimiento ilícito", evidencian una nueva huida hacia el Derecho Penal que ni siquiera respeta los requerimientos mínimos que conforman la esencia de un Estado de Derecho².

Por último y más allá de las deficiencias apuntadas de la actual regulación (substanciales y de técnica legislativa), de la demora de las iniciativas legales en curso y el contraste de las mismas con el sistema de garantías propio de un Estado de Derecho pareciera que la corrupción no se agota en el abordaje y control jurídico-penal que sobre ella pueda realizarse.

Como todo fenómeno social, la corrupción se alimenta de diversos factores y variables (rigidez de la dimensión organizativa, contradicción de la norma con algunas prácticas económicas y también políticas, etc...). Indudablemente que al momento del análisis la respuesta punitiva puede tener mayor o menor plausibilidad, pero en el nivel práctico no podrá (y no ha podido) satisfacer los distintos ámbitos que se entrecruzan en la manifestación de la corrupción como fenómeno criminal.

Lo anterior, que también es predicable respecto de otras formas criminales, cobra mayor notorie-

dad e importancia en el tema que abordamos; por cuanto, como señala Hassemer, la criminalidad identificada con la corrupción "apunta hacia un ámbito que debe combatirse a sí mismo"³. Se trata, en otras palabras, de controlar penalmente a aquellos que detentan el poder y ejercen, directa o indirectamente, la autoridad. Objetivo que, más allá de su profunda significación simbólica, resulta difícil de concretar y, más aún, de llevarlo a cabo con algún grado satisfactorio de eficiencia.

Y ello es así porque en el fenómeno de la corrupción se da una doble relación entre riqueza y poder que tensiona las bases y estructuras de nuestros aún inacabados sistemas políticos; por una parte la riqueza es utilizada para obtener y conseguir privilegios y ventajas políticas, mientras por otra los funcionarios públicos utilizan su poder y prerrogativas legales para adquirir riqueza⁴.

Notas

1. Véase Boletín n.º 1177-07 de la Honorable Cámara de Diputados.

2. Para un análisis en profundidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito por parte de funcionario público y sus problemas de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico argentino, ver el excelente trabajo de MARCELO SANCINETTI, "El Delito de Enriquecimiento Ilícito", en *El Derecho Penal Hoy* (Homenaje a David Baigún), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 289 y ss.

3. Vid. HASSEMER, WINFRIED: "Posibilidades Jurídicas, Policiales y Administrativas de una Lucha más Eficaz contra la Corrupción", en *Pena y Estado*, año 1, n.º 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 150.

4. Cfr. GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "El Problema de la Corrupción: Una Revisión Latinoamericana", en *Capítulo Criminológico n.º 15*, Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela, 1987, p. 119.

Colombia

Prof. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
Corporación Universitaria de Ibagué

1. Introducción

Las investigaciones y bibliografía colombianas sobre la corrupción son muy pocas, casi escasas. Para la elaboración de este escrito hemos tenido en cuenta fundamentalmente dos trabajos que abordan el tema con el criterio tradicional funcionalista de la realidad y de la investigación. Se trata de dos libros: *Corrupción, crimen y justicia. Una perspectiva económica*, es un conjunto de trabajos (6) compilados por Mauricio Cárdenas y Roberto

Steiner (Bogotá, Tercer Mundo editores, 1998); y *La corrupción en Colombia*, es una obra conformada esencialmente por trece trabajos compilados y presentados por Fernando Cepeda Ulloa (Bogotá, Tercer Mundo editores, 1997).

2. Hacia un concepto

No es fácil decir qué es corrupción. No lo es, especialmente por las modificaciones históricas, por el avance o retroceso en la tolerancia, o por el avance o retroceso en los valores. Por ejemplo, en el año 1700, para muchos ingleses el *lobby* era un estilo corrupto de acceder al poder; hoy, en Colombia, así se capte como deplorable, unos aspirantes a la Contraloría General, procedentes de candidaturas dadas por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, organizaron desayunos, almuerzos, cenas e invitaciones a unos de sus electores, es decir, a miembros del Congreso de la República, con el fin de obtener sus votos. Esto fue objeto de amplia difusión en la prensa nacional y hasta fue aceptado por unos de los aspirantes al alto cargo. Por supuesto, uno de ellos fue elegido, aceptó sin reparos y ya ejerce sus funciones. Y para nada se tuvo en cuenta que la Contraloría General de la República tiene como principal función el ejercicio del control fiscal de la administración, mientras al congreso compete, entre otras cosas, aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, para lo cual debe determinar los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución; autorizar al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales; establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración; organizar el crédito público; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; expedir las leyes de intervención económica y las que rigen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos; expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, etc. Como se observa con facilidad, parecería poco recomendable el *lobby*. Sin embargo, lo hubo, entre candidato y elector, a pesar de la delicadeza de las funciones futuras de uno y otro.

El anterior ejemplo es indicativo, y habría muchísimos otros para Colombia. Si el *lobby*, como en Inglaterra en aquellos años, era objeto de reproche en Colombia hoy, tristemente, se ha convertido casi en otro requisito, al lado de la "hoja de vida" y otros argumentos, para aspirar y obtener cargos en el Estado. Y está tan expandido que de varios años hacia adelante se halla generalizado,