

ficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 3 de la Ley 62/1978), siempre que se hubieren cometido por escrito y con publicidad a tenor del derogado artículo 463 ACR

Bastaba la denuncia del agraviado o de su representante legal y, una vez presentada la misma, el Fiscal intervenía como parte en el proceso penal incoado (en este sentido se pronunciaron la Consulta 2/1978 y la Circular 1/1979 de la Fiscalía General del Estado).

Ambos supuestos se configuran bajo la regulación del NCP como delitos de carácter privado que precisan para su persecución, a tenor del artículo 215.1, de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. El Ministerio Fiscal no es parte en tales procedimientos a tenor de lo dispuesto en el artículo 105 de la LECrim.

A la conceptualización de todos estos delitos como privados lleva la consideración, efectuada en el apartado VI de la Circular 2/1996 de esta Fiscalía General, de la derogación tácita del artículo 4 de la Ley 62/1978 en virtud del artículo 215 y de la Disposición Derogatoria única, apartado 2, del NCP. En dicha Circular se decía que el artículo 215.1, al hablar de la necesidad de querrela sin matización alguna en cuanto a la concurrencia de publicidad, en principio parece determinar la derogación tácita de la especialidad que sobre este punto se contenía en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978. A tal solución se llega, además, si se repara en que el nuevo Código ha llevado a cabo una regulación completa y renovada de toda esta materia que, recogida en el artículo 215, ha supuesto la derogación de las especialidades contenidas en la Ley 62/1978.

Por tanto, en el NCP, los delitos de injurias o calumnias contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos se regulan como delitos semipúblicos, siendo el resto de las injurias o calumnias delitos privados. No obstante, debe reputarse vigente la especialidad contenida en el artículo 4 *in fine* de la Ley 62/1978 en lo referido a la innecesariedad del acto de conciliación cuando el delito se hubiere cometido con publicidad.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

La cuestión que plantea la Fiscalía consultante, que parte de las anteriores consideraciones, es la siguiente: incoada con anterioridad a la vigencia del NCP una causa en virtud de querrela interpuesta por un particular contra el redactor de un periódico a consecuencia de un

artículo que consideraba injurioso y contra el Director del medio por un artículo de opinión sobre los mismos hechos, el Fiscal se mostró parte, al amparo del artículo 4 de la Ley 62/1978, formulando escrito de acusación provisional en términos distintos (acusando por injurias a uno de los querellados) a los del escrito de la acusación particular (que acusa a ambos de calumnias), suscitándose, dada la nueva regulación del artículo 215 del NCP que transforma el delito de semipúblico a privado, cuál haya de ser la postura del Ministerio Fiscal: si debe continuar interviniendo en el procedimiento por hallarse legitimado en el momento de incoación de la causa o si, por contra, debe retirarse de la misma al carecer de legitimación con arreglo a la nueva regulación de estos delitos.

III. PÉRDIDA DE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

En los delitos de calumnias e injurias contra particulares o contra funcionarios por hechos ajenos al ejercicio de sus cargos, la decisión del legislador de convertir en único dueño de la acción penal a los perjudicados ha supuesto la pérdida de la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en tales procedimientos.

Parece difícil sostener que dicha pérdida de legitimación sobrevenida en el curso de un procedimiento ya entablado no afecte a la posición del Ministerio Fiscal personado en las actuaciones penales.

Desde el punto de vista estrictamente procesal la pérdida de la legitimación se regula incompleta y fragmentariamente en los artículos 9 de la LEC y 275 y ss. de la LECrim., que, en cierto modo, aunque referidos a supuestos distintos del que nos ocupa, admiten, en el curso de las actuaciones, la existencia de circunstancias o hechos variantes de la conformación de la legitimación activa tal y como se perfiló en el momento de la incoación del procedimiento. Existe, pues, apoyo legal a la posible variación en el curso del procedimiento de los postulados configuradores de la intervención activa de las partes y, por ende, también del Ministerio Público.

Desde el examen del elemento punibilidad, pues la legitimación activa aunque es una cuestión predominantemente procesal repercute también en la punibilidad, la admisión de la tesis de la *perpetuatio legitimationis* del Ministerio Fiscal pese al cambio legislativo de la naturaleza del delito podría suponer, en los casos en que el Ministerio Fiscal fuera la única acusación personada o la acusación más grave de

las existentes o con tesis heterogénea respecto de las restantes acusaciones, la condena por un delito y la imposición por el juzgador de una pena que no hubiere sido solicitada por ninguna de las personas –los perjudicados– a las que el legislador confiere exclusividad en la tutela penal del bien jurídico protegido por los delitos de injurias y calumnias en los casos que contemplamos.

En consecuencia, parece obligado que el Fiscal personado en algún procedimiento penal por delito público o semipúblico que haya transmutado su naturaleza en la de delito privado se aparte de la causa por carecer de legitimación activa para seguir interviniendo en la misma.

A esta conclusión lleva, además, el tenor del artículo 105 de la LECrim. En dicho precepto se confiere al Ministerio Público la obligación de ejercitar la acción penal, haya o no acusador particular, en determinados supuestos: en los delitos públicos siempre y en los delitos semipúblicos cuando se hubiera cumplido el requisito de la denuncia. Ahora bien, junto a tal obligación, el citado artículo 105 impone al Ministerio Fiscal, además, una prohibición o mandato de carácter imperativo al excluir de dicho ejercicio de la acción penal aquellas causas «que el Código penal reserva exclusivamente a la querrela privada», es decir, las causas por los delitos de naturaleza privada. Dirige, pues, el legislador un mandato al Ministerio Fiscal de no ejercitar la acción penal en los delitos privados.

Cuál sea el momento en el que se ejercita la acción penal es una de las cuestiones tradicionalmente debatidas en la dogmática procesal. Sin entrar ahora en dicha polémica, que excede de lo que constituye el planteamiento y la finalidad de esta Consulta, parece evidente que el ejercicio de tal acción penal alcanza su máxima significación en el acto del juicio oral.

En consecuencia, aunque el Fiscal se hubiere personado en la causa o incluso formulado acusación provisional antes de la vigencia del NCP, la conversión de los delitos en privados a la fecha de entrada en vigor de dicho Código exige el apartamiento del Fiscal de la causa puesto que, en otro caso, ejercería en el acto del juicio oral la acusación contrariando el mandato del precitado artículo 105 de la LECrim.

Sólo aquellas causas que hubieren finalizado, por contar con sentencia firme, estarán excluidas del examen acerca de la legitimación activa del Fiscal. En las restantes, pendientes de juicio oral, el Ministerio Público deberá apartarse por pérdida sobrevenida de legitimación.

IV. CESE DE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL

La salida del Ministerio Público de las causas por delitos que el NCP ha convertido en delitos de naturaleza privada no puede efectuarse en cualquier forma, sino que deberá llevarse a cabo ordenadamente. Habrán de cumplirse determinados requisitos para evitar la indefensión de aquellos particulares que, sin haber renunciado a la acción penal o a la civil, hubieran dejado, por medio de la no personación en la causa, en manos del Ministerio Fiscal, a tenor del artículo 110, párrafo 2.º de la LECrim., la persecución de tales conductas que en el momento de su comisión tenían la naturaleza de delitos públicos o semipúblicos.

Aplicando en forma analógica lo dispuesto en el artículo 276 de la LECrim., el Fiscal, al presentar su escrito de apartamiento de la causa por pérdida de legitimación al tratarse de un delito convertido en privado, deberá examinar si existe algún perjudicado por el delito que no se hallare personado en las actuaciones, y, en tal caso, instará del órgano judicial que dicte Auto teniendo por apartado al Ministerio Fiscal y concediendo a dicho perjudicado un plazo de treinta días para que pueda personarse en la causa.

CONSULTA NÚMERO 8/1997, DE 8 DE OCTUBRE, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LA FORMA- LIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha remodelado el mapa jurídico de la protección de menores. La Ley, lejos de ser rupturista, trata de profundizar en una dirección iniciada con anterioridad perfeccionando los mecanismos jurídicos de protección de menores a la luz de la experiencia adquirida con la aplicación de la legislación de 1987. Al mismo tiempo realiza una proclamación formal de algunos de los derechos de los menores, desarrollándolos en sus aspectos de mayor repercusión práctica.

Como es natural dada la materia en la que incide, la ley afecta muy directamente a la actuación del Ministerio Fiscal que tiene en el campo de protección de menores un terreno básico donde llevar a cabo sus misiones constitucionales. Por tal motivo esta Fiscalía General no abandona su propósito de abordar de una forma general mediante una Circular o Instrucción toda la temática de protección de menores y en especial la generada con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996.

Mientras llega ese momento convenía responder anticipadamente a unas cuestiones puntuales que se han suscitado dando lugar a los temas de esta Consulta y que tienen un denominador común: todas ellas están relacionadas con las nuevas exigencias formales del documento en el que ha de plasmar el acogimiento familiar. En efecto, la Ley Orgánica 1/1996 modifica la institución del acogimiento familiar que, sin perder sus caracteres esenciales según la legislación de 1987, ni las líneas básicas de su forma de constitución, se ve diversificado en varias modalidades según su finalidad, tal y como aconsejaba la práctica, y, de otra parte, viene a ser reglamentado más detalladamente en su forma de constitución acogiéndose así en la legislación común con ciertas variaciones unas exigencias que ya se contemplaban en la normativa de algunas autonomías (por ejemplo, art. 28 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre de la Comunidad Autónoma de Cantabria; artículo 32 del Decreto 79/1995, de 18 de abril de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989 de 14 de diciembre de Protección de Menores; artículo 48 de la Ley 1/1995, de 27 de enero de Protección del Menor del Principado de Asturias; o artículo 18 de la Orden 175/1991, de 18 de marzo de desarrollo del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre de la Comunidad Autónoma de Madrid).

II. LAS NUEVAS EXIGENCIAS FORMALES DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El artículo 173.2 del Código Civil según la redacción dada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se limitaba a exigir la formalización del acogimiento por escrito como requisito *ad solemnitatem* y a señalar los consentimientos necesarios, sin los que el acogimiento había de ser constituido judicialmente, La Disposición Final 6.^a de la

Ley Orgánica 1/1996 ha modificado ese precepto y en lo que aquí interesa ha marcado los contenidos del documento de formalización del acogimiento familiar que necesariamente ha de incluir los siguientes extremos:

- «1.º Los consentimientos necesarios.
- 2.º Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.
- 3.º Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
 - a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.
 - b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
 - c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
- 4.º El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.
- 5.º La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
- 6.º Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
- 7.º Informe de los servicios de atención a menores.»

El documento con el contenido expresado debe ser remitido al Ministerio Fiscal por disposición expresa de este precepto en concordancia con la función de superior vigilancia que atribuye al Fiscal el artículo 174.1 del Código Civil.

Cuando el acogimiento ha de ser constituido judicialmente, también la propuesta de la Entidad Pública debe contener todas las menciones impuestas por el artículo 173.2 según dispone el apartado siguiente.

Cuando es el Fiscal el que promueve la constitución del acogimiento en virtud de las facultades que le otorga el artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque no lo especifique el artículo 173 del Código Civil que no contempla esa legitimación del Fiscal afirmada por la Ley Procesal, no será exigible con el mismo carácter la cumplimentación y mención de todos los datos enumerados en el artículo 173, aunque sí aquellos de los que el Fiscal pueda disponer.

En relación con el expresado contenido del documento de formalización del acogimiento se han planteado tres cuestiones con objeto de ser resueltas mediante Consulta:

- a) Forma de expresar el régimen de visitas por parte de la familia biológica del menor acogido.
- b) Alcance de la necesaria mención del régimen de cobertura de las posibles responsabilidades civiles.
- e) Momento de remisión del documento al Fiscal por parte de la Entidad Pública.

III. LA ESPECIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Explica la Fiscalía que eleva la consulta que en ocasiones en los documentos de formalización del acogimiento para cubrir la exigencia prevista en el artículo 173.2.3.º a) se hace constar una vaga alusión a la necesidad de pactar el régimen de visitas con la familia biológica, sin precisar ni concretar nada más y se pregunta si tal forma de actuar puede considerarse conforme con las exigencias del citado precepto y debe ser consentida por el Ministerio Fiscal.

A efectos de una adecuada respuesta es preciso distinguir si estamos ante un acogimiento administrativo o se trata de constituir un acogimiento judicial.

La primera hipótesis –acogimiento administrativo o convencional– es la más habitual. Su presupuesto es que exista consentimiento de los padres no privados de la patria potestad, si fueren conocidos, o, en su caso, del tutor. Si falta ese consentimiento no será posible la constitución del acogimiento sin intervención judicial. En esos casos, dada la situación fáctica en que nos encontramos, sería posible y normal que a tiempo que se consiente el acogimiento se acuerde con los referidos titulares de la patria potestad o con el tutor una periodicidad para las visitas que será la que se debe plasmar en el documento escrito por el que se formaliza el acogimiento. No parece aceptable diferir la fijación del régimen de visitas para acuerdos posteriores. Si el Fiscal al recibir los documentos de formalización del acogimiento comprueba omisiones en ese sentido debe exigir a la Entidad Pública la subsanación del defecto.

Si no se llegase a un acuerdo lo más probable es que los padres rechacen incluso la formalización del acogimiento, por lo que estaremos en el segundo supuesto a analizar. Y si se llegase al supuesto de conformidad con el acogimiento y disconformidad con la regulación del *ius visitandi* propuesta por la Entidad Pública o la familia acogedora, es claro que por disposición del artículo 161 del Código Civil sería necesario acudir al Juez quien tendría la última decisión al res-

pecto. En esos supuestos, que desde luego no serán frecuentes, el documento de formalización del acogimiento puede recoger las visitas propuestas, sin perjuicio de mencionarse la pendencia de resolución judicial definitiva sobre tal extremo dada la disconformidad de una de las partes en cuanto a las visitas.

Esa posibilidad –acuerdo respecto al acogimiento pero no respecto a la periodicidad de las visitas– junto con la hipótesis de que vigente ya el acogimiento se haga conveniente una modificación del régimen de visitas pueden hacer aconsejable una práctica que ya llevan a cabo algunas Entidades y que no es repudiable de forma alguna por respetar el mandato del artículo 173.2 del Código Civil: hacer figurar la regulación del régimen de visitas en un documento anexo de forma que pueda modificarse posteriormente sin necesidad de renovar todo el escrito de formalización del acogimiento. Obviamente esas modificaciones exigirán nuevamente el consentimiento o acuerdo de todas las partes implicadas. Faltando el consentimiento de los afectados será necesario acudir al órgano judicial competente para llegar a una limitación del *ius visitandi* de los titulares de la patria potestad (arts. 160 y, especialmente, 161 del Código Civil).

El acogimiento judicial, por contra, supone que los titulares de la patria potestad o el tutor no han consentido el acogimiento bien por no estar localizados, bien por haber rehusado comparecer, bien por haberse opuesto expresamente. En algunos de tales casos, ciertamente puede ser más problemática la fijación de la periodicidad de las visitas, especialmente cuando los padres no están en paradero conocido. Ello no excluye que en la Propuesta de la Entidad Pública se recojan las circunstancias que determinen la forma de ejercicio del *ius visitandi* durante la vigencia del acogimiento, pero serán admisibles todo tipo de fórmulas flexibles como una indicación genérica de la posibilidad de variar el régimen que inicialmente se fije de acuerdo con los padres.

Esta consideración es especialmente predicable cuando no existe conformidad de los padres tampoco en cuanto al régimen de visitas. En esos casos la Entidad Pública debe hacer figurar en su propuesta la periodicidad concreta de visitas que estima más adecuada en atención al interés del menor. Corresponderá en definitiva al Juzgador, al pronunciarse sobre el acogimiento, decidir igualmente, una vez haya oído en el expediente a los acogedores y a los padres (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobre lo adecuado de esa propuesta que podrá modificar precisando definitivamente el régimen de visitas (art. 161 del Código Civil y disposición final 20.^a de la Ley Orgánica 1/1996).

Que no exista acuerdo previo, por tanto, no es obstáculo para que la Entidad Pública refleje en su propuesta el régimen que considere adecuado, sin perjuicio, obviamente, de las facultades que tendrá el Juzgador para variar tal propuesta y sin perjuicio de las modificaciones que pueda sufrir el régimen en virtud de acuerdos posteriores de todas las partes o nueva resolución judicial en su defecto.

No obstante si la Propuesta de la Entidad adolece de algún defecto en este punto al no señalarse de forma clara lo relativo a la concreción de las relaciones del menor acogido con su familia de origen, la incorrección podrá subsanarse durante el propio trámite procesal requiriendo a tal fin a la Entidad, o en definitiva, podrá suplirse mediante la correspondiente decisión judicial en el auto de constitución del acogimiento sobre la regulación del *ius visitandi*.

IV. LA CLÁUSULA RELATIVA AL SISTEMA DE COBERTURA DE POSIBLES RESPONSABILIDADES CIVILES

La letra b) del apartado 3.º del num. 2 del artículo 173 se refiere igualmente a la fijación en el documento de formalización del acogimiento del «sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros». La Fiscalía consultante cuestiona que la genérica remisión a las normas legales de aplicación a tales responsabilidades civiles sea suficiente para entender cumplimentada esa exigencia legal.

Ha de entenderse, sin embargo, que la disposición citada ni sirve para imponer una obligación de suscripción de un seguro de responsabilidad civil para cubrir esos eventuales daños, ni tiene vocación de alterar el régimen de responsabilidad civil que se deduce de las normas generales del Código Civil y del Código Penal. Así se desprende de forma mucho más clara de la redacción originaria del Proyecto de Ley que hablaba de «posibles sistemas de cobertura» y al final del inciso introducía el inciso «*en su caso*», con lo que se resaltaba más enfáticamente la naturaleza puramente formal de estas menciones.

En consecuencia será totalmente lícito y respetable que el documento se limite a remitirse a lo que resulte de la Ley sobre tales extremos. Si la Entidad Pública tiene suscrita una póliza de seguros para cubrir esas responsabilidades, habrá de hacerse constar. Pero eso no significa que el acogimiento exija como requisito ni la existencia de

esa póliza ni pactos particulares en orden a la cobertura de las responsabilidades civiles.

Si no existe nada expresamente pactado en el documento, la remisión a la normativa general atraerá la aplicación de los correspondientes preceptos del ordenamiento jurídico: normalmente, artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Si se trata de daños causados por el menor podrán responder la familia acogedora o la Entidad Pública o ambas solidariamente según cada supuesto, sin que sea ahora momento de entrar en la discutida cuestión del título en virtud del cual respondería cada uno: basta consignar aquí que aunque en la literalidad del artículo 1.903 del Código Civil no encajan estos supuestos, la doctrina no vacila en afirmar la posible responsabilidad tanto de los acogedores como de la Entidad Pública por los daños causados por el menor basándola tanto en una posible interpretación extensiva del artículo 1.903, como en el propio artículo 1.902. El desempeño de la guarda con las obligaciones que lleva consigo (art. 173.1) respecto de los acogedores y el deber de vigilancia que imponía el antiguo artículo 172.3 a la Entidad Pública y que subsiste en la nueva regulación por más que no haya una mención tan expresa (art. 173.2.º 4) fundamentan esa posible responsabilidad doble, sin perjuicio de las matizaciones que deban hacerse en cada caso para llegar a una concreción definitiva de las personas que deben responder por los perjuicios causados por el menor.

Si estamos ante daños causados al menor igualmente el artículo 1.902 puede determinar en algunos casos la responsabilidad patrimonial tanto de los acogedores como de la misma Entidad Pública cuya responsabilidad, de otra parte, es expresamente recordada por el artículo 174.3 del Código Civil. E igualmente no será desechable en algunos casos la aplicación de lo dispuesto en los artículos 220 y 306 del Código Civil, sin olvidar la vía abierta a través del artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pero no es este el momento de adentrarse en el estudio exhaustivo del régimen de responsabilidad civil en los casos de acogimiento. Son suficientes esos brevísimos apuntes para llegar a lo que es objeto (directo de la consulta: la remisión genérica a ese régimen legal sin pretensión de modificación alguna y sin haberse concertado sistemas especiales de cobertura es suficiente para entender cumplimentada la exigencia contenida en el artículo 173.2.3.º b) de la que no puede deducirse otro alcance sustantivo. El precepto no pretende diseñar un nuevo sistema de responsabilidad civil, sino sencillamente que se consignen en el documento de formalización del acogimiento, de existir, los posibles mecanismos de cobertura mediante seguros o, en su caso, los

hipotéticos acuerdos que sobre esta materia hayan fijado las partes. No se trata por tanto de señalar *a priori* mediante pactos quién deberá responder civilmente, cuestión que se decidirá en su momento con arreglo a lo dispuesto en la normativa del Código Civil en atención a las circunstancias del caso concreto, sino tan solo de constatar la existencia o no de seguros y en su caso eventuales pactos para hacer frente a las hipotéticas responsabilidades pecuniarias. Esos posibles pactos en virtud de los cuales una de las partes podría comprometerse a asumir el pago de todas las posibles responsabilidades que se contraigan como consecuencia de actuaciones del menor (a modo de una asunción de deuda futura), y que no tendrían eficacia más que inter partes por carecer de aptitud para alterar el régimen legal frente a terceros, deberán consignarse si se han concertado, pero no es necesario que se realicen.

V. MOMENTO IDÓNEO PARA LA REMISIÓN DEL DOCUMENTO DE FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO AL MINISTERIO FISCAL

Un último punto es suscitado en relación con el documento de formalización del acogimiento: el momento adecuado para su remisión al Fiscal que impone el inciso final del artículo 173.2 que se está analizando, cuando el acogimiento no puede formalizarse en vía administrativa y ha de acudir a la intervención judicial.

La Fiscalía que eleva la consulta considera que, en contra de la práctica que se ha impuesto en algún territorio, sería deseable que el documento se remita al Fiscal con anterioridad a la presentación de la Propuesta ante el órgano judicial competente. De esa forma, se argumenta, el Fiscal habrá podido requerir a la Entidad Pública para que subsane posibles defectos y conocerá ya del asunto antes de su conocimiento a través del Juzgado de 1.^a Instancia correspondiente.

Para dar contestación a este último punto es preciso distinguir dos planos: el de la estricta legalidad y el de la conveniencia.

En el terreno de la estricta legalidad el artículo 173.2 en su inciso final alcanza en rigor exclusivamente a los acogimientos administrativos, pues solo en esos casos se puede hablar propiamente de *documento de formalización del acogimiento*. En las hipótesis de necesaria intervención judicial por faltar el consentimiento de los padres no privados de la patria potestad o tutor la formalización del acogimiento no se produce más que a través de la resolución judicial con forma de Auto (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Antes sólo existirá una pro-

puesta de la Entidad Pública por más que el contenido de ésta deba ser paralelo al establecido para los documentos de formalización de los acogimientos administrativos, como ya se explicó antes. A esas propuestas no alcanza la obligación de remisión al Ministerio Fiscal establecida por el inciso final del artículo 173.2 de forma en todo caso redundante pues ya está explicitada en el artículo 174.2 del Código Civil. El Ministerio Fiscal en todo caso tendrá conocimiento de la propuesta al tramitarse el expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 1.815 y 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en cuyo seno podrá hacer las observaciones que considere procedentes, promover alguna modificación respecto de los términos de la propuesta o requerir a la Entidad instante para que subsane alguna omisión o defecto en la propuesta.

Pero si en el plano de la legalidad no se puede afirmar la obligación de esa comunicación al Fiscal antes de que la Entidad Pública promueva el expediente judicial de acogimiento, nada la impide máxime en el entorno de colaboración y necesaria coordinación que ha de regir las relaciones entre las distintas instituciones implicadas en materia de protección de menores, como lo son muy significadamente el Ministerio Fiscal y las Entidades Públicas competentes, sin perjuicio del respeto a sus respectivos ámbitos de autonomía y competencias. Esa necesaria colaboración imprescindible para el ejercicio por parte del Ministerio Fiscal de su función de superior vigilancia proclamada por el artículo 174.1 del Código Civil y reiterada en algunas de las normas autonómicas, puede aconsejar en algunos casos el conocimiento previo de la propuesta de acogimiento judicial que va a formular la Entidad pública. Pero de cualquier forma, hay que reiterar que la vigente legislación no impone esa comunicación previa que además en otros casos no será ni siquiera conveniente si tan solo va a ser fuente de dilaciones y el Fiscal en todo caso va a conocer la propuesta y formular todas las observaciones que considere procedentes en el expediente judicial. En cada territorio y según las circunstancias se establecerán en consecuencia de acuerdo con estos criterios generales las formas de actuación concreta.

CONCLUSIONES

1.^a En el documento de formalización del acogimiento deberá hacerse constar el régimen de visitas por parte de la familia del menor, sin perjuicio de que en caso de desacuerdo la decisión última al respecto corresponda al órgano judicial.

2.^a Es suficiente a efectos de entender cumplido el requisito formal, hacer constar en el documento de acogimiento el sistema de cobertura de las posibles responsabilidades civiles en relación con el menor con una remisión genérica al régimen legal. Tan solo cuando existan otros mecanismos de cobertura —como un seguro concertado— o pactos o compromisos específicos y con fuerza exclusiva entre las partes, deberán consignarse.

3.^a La ley no impone, aunque tampoco lo excluye y en algunos casos pudiera ser conveniente, que la Entidad Pública remita al Ministerio Fiscal la propuesta de acogimiento judicial antes de su presentación ante el órgano jurisdiccional.

CONSULTA NÚMERO 9/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE REINCIDENCIA Y DELITOS DE ROBO

I

La cuestión objeto de consulta tiene una repercusión práctica fuera de duda, tanto por la frecuencia con que se presenta el supuesto analizado como por las nada desdeñables consecuencias penológicas que van a derivarse del criterio que se sostenga.

El interrogante formulado presenta un sencillo enunciado: la previa condena por un delito de robo con fuerza en las cosas, ¿sirve de fundamento para apreciar la agravante de reincidencia en un delito posterior de robo con violencia o intimidación? La cuestión ha de extenderse lógicamente a la pregunta inversa.

La respuesta exige una cuidadosa valoración de los distintos argumentos que pueden manejarse en favor de una u otra solución. La dificultad —casi imposibilidad— de hallar una solución plenamente satisfactoria y que concite la unánime adhesión se intuye al constatar cómo en la Fiscalía Consultante las dos posiciones antagónicas han encontrado igual respaldo; y se acredita definitivamente comprobando la solidez de los argumentos que sirven de apoyo a cada una de las posturas. Y es que, como en muchas otras materias, también en lo relativo a la reincidencia el Código Penal de 1995 presenta aspectos en que la ambigüedad —a veces deliberada— obliga a diferir a ulteriores decisiones jurisprudenciales los perfiles o fronteras de uno u otro precepto o de determinadas instituciones penales.

II

La historia de la agravante de reincidencia en los años posteriores a la Constitución es la crónica de una paulatina restricción. La supresión de la multirreincidencia; la abolición tanto de los tipos delictivos configurados sobre la base de previas condenas por falta como de aquellos otros en que los delitos anteriormente sentenciados determinaban una exasperación penal; la unificación de las dos modalidades de reincidencia; la progresiva flexibilización en materia de cancelación de antecedentes penales; son algunas muestras de ese proceso evolutivo que culmina con la regulación que da a la reincidencia el Código Penal de 1995.

A partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio, se han considerado superadas las doctrinas que sostenían la incompatibilidad de semejante agravación con los principios constitucionales y que llegaron a provocar cierto eco en alguna jurisprudencia. La agravación, que era expulsada del ordenamiento en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, reaparece en el Proyecto de Código Penal de 1992, aunque sin ser concebida propiamente como una agravante.

En el Proyecto de 1994 recobra su condición de circunstancia genérica de agravación atendándose a las observaciones que al respecto había realizado el Consejo General del Poder Judicial. En tal proyecto, precedente inmediato del vigente Código Penal, la reincidencia seguía manteniendo una doble vertiente, tradicional en nuestro derecho: la específica que venía determinada por la condena previa por delito comprendido en el mismo capítulo siempre que fuese de la misma naturaleza; y la genérica para cuya concurrencia se exigía la condena por delito castigado con pena igual o superior o por varios delitos castigados con pena inferior (art. 21 .9.^a). Frente a la última redacción del artículo 10.15 del Código Penal (texto refundido de 1973), las modificaciones eran mínimas y se reducían a exigir para la reincidencia específica junto al criterio sistemático, otro material: la identidad de naturaleza.

La tramitación parlamentaria arrojaría innovaciones de trascendencia en el precepto. En el texto definitivo ha desaparecido la reincidencia genérica. Posiblemente para compensar esa reducción del radio de acción de esta agravante se ha flexibilizado la reincidencia específica. Ya no es requisito imprescindible la ubicación sistemática de ambos delitos en el mismo capítulo: es suficiente que se acomoden en el mismo Título.

La apreciación de la agravante de reincidencia exige en el Código Penal de 1995, en lo que respecta al carácter de la previa condena, además del resto de requisitos —ejecutoriedad, no cancelación o cancelabilidad del antecedente...— un doble presupuesto cumulativo:

a) Uno de carácter sistemático formal: que la condena lo sea por delito comprendido en el mismo Título del Código Penal (lo que plantea el problema de la reincidencia en los delitos regulados por leyes especiales).

b) Otro, de carácter material y valorativo: que el delito tenga identidad de naturaleza con la infracción por la que se condenó previamente.

Al diseñar los rasgos legales de la reincidencia específica el legislador puede optar por dos sistemas que presentan cada uno sus ventajas e inconvenientes.

Acudir a un criterio formal sistemático de modo que se aprecie reincidencia específica siempre y sólo cuando el nuevo delito comparta una misma ubicación sistemática con la infracción anterior. La total certeza y nitidez de esta forma de delimitación con el consiguiente incremento de seguridad jurídica son el principal aliado de esta técnica legislativa. Y su más señalado defecto la arbitrariedad que a veces acompaña la distribución sistemática de las distintas infracciones, reparto que no siempre responde a criterios asumibles y ordenados. Con cierta facilidad se pueden encontrar en un mismo Título o incluso capítulo infracciones que tienen una relación entre sí muy tenue (piénsese en algunos de los delitos contra la Salud Pública o en éstos y los delitos contra la Seguridad del Tráfico; o dentro de éstos últimos en el delito del art. 380). Y también es frecuente hallar delitos que, aún estando dispersos en zonas distintas del Código Penal, guardan entre sí un estrechísimo parentesco (calumnia y acusación y denuncia falsa; delitos de falsedad de los arts. 393 y 461). Mediante esta técnica, por tanto, se alcanza una mayor seguridad jurídica pero pagando un importante tributo: la posibilidad de conducir en algunos casos a soluciones nada satisfactorias, cuando no pintorescas. Desde esta perspectiva el criterio es algo tosco y así lo han subrayado muchas críticas doctrinales. En palabras de un clásico tratadista, «lo que se gana en fijeza y claridad, se pierde en razón y justicia». Se parte de una confianza desmesurada en los criterios sistemáticos del legislador que se convierten en algo con trascendencia normativa: la tarea de agrupar las distintas infracciones será mucho más que una mera cuestión de elegancia metódica.

El otro sistema renuncia a la certeza en aras de una mayor congruencia y dando unos criterios más genéricos y menos automáticos –identidad o semejanza de naturaleza– confía al arbitrio judicial la decisión última necesariamente impregnada de valoraciones.

El legislador de 1995 ha combinado ambos sistemas y partiendo del criterio puramente formal o sistemático lo mitiga introduciendo la necesidad de que además de compartir el mismo rubro en la ordenación legal, las dos infracciones participen de la «misma naturaleza». La ubicación sistemática de las dos infracciones introduce un factor de certeza en la apreciación de la agravante de reincidencia: aunque es cierto que habrá delitos de idéntica naturaleza no agrupados sistemáticamente y de los que materialmente pueda afirmarse la idéntica naturaleza, se ha considerado que la reincidencia debía tener unos mínimos límites fijos para no dar excesiva cabida al arbitrio judicial en materia de agravantes. Pero junto a ello y queriéndose evitar que sirvan de base de la reincidencia una infracción sin más relación con la nuevamente cometida que la sistemática, se ha introducido como factor de corrección la exigencia de la identidad de naturaleza.

La formulación legal cuenta con precedentes en nuestro Derecho. La Ley de 24 de diciembre de 1962 de uso y circulación de vehículos de motor en su artículo 11 habló ya de «igualdad de naturaleza» de los delitos como presupuesto para la reincidencia. Y el antiguo artículo 530 se refería a los reincidentes «en el mismo o semejante especie de delito», fórmula que tomaron prestada los redactores del Proyecto de Código Penal de 1980 y que había figurado antes en el Código de 1848-50.

Ciertamente la expresión legal –«misma naturaleza»– es imprecisa, pero tampoco es tarea fácil introducir mayores concreciones en un texto legal y se hace inevitable en cada supuesto llegar a soluciones particularizadas. Junto a casos en que con gran claridad y de forma inmediata se llega a la afirmación de la identidad de naturaleza (calumnia e injuria, por ejemplo) o a su negación (en general, las modalidades culposas frente a las dolosas); hay muchos otros supuestos dudosos entre los que se cuenta el que ha motivado la Consulta.

Alguna referencia de derecho comparado confirma la dificultad de precisar más. Así el Código Penal Italiano habla de delitos «de la misma índole», añadiendo una interpretación legal que pretende servir de orientación pero que tampoco resuelve mucho más al establecer que se considerarán de la misma índole «no sólo aquellos que violan una misma disposición de la ley, sino también aquellos que, aún estando previstos en disposiciones diversas de este Código o bien en leyes diversas, sin embargo, por la naturaleza de los hechos que los

constituyen o de los motivos que los determinaron, presentan en los casos concretos, caracteres fundamentalmente comunes».

III

¿Tienen los delitos de robo con fuerza en las cosas la misma naturaleza que los delitos de robo con violencia a los efectos de la agravante de reincidencia? El razonado e inteligente desarrollo que se hace por la Fiscalía consultante acaba inclinándose por la respuesta negativa arguyendo una serie de motivos de indudable peso que se reproducen a continuación y cuyo telón de fondo es la necesidad de interpretar restrictivamente las normas penales y entre ellas las circunstancias de agravación.

a) La identidad de naturaleza alude en primer lugar a la igualdad de objeto de tutela jurídica. Desde esta inicial perspectiva el objeto primario de tutela en ambos tipos penales es idéntico —el patrimonio—. Pero la Fiscalía consultante considera que no basta esa apresurada estimación pues en el robo con violencia o intimidación aparecen otros bienes jurídicos comprometidos como es la libertad, ausentes en los delitos de robo con fuerza. Además, el criterio del bien jurídico —se apunta— puede ser insuficiente en la medida en que resultaría tautológico con el otro presupuesto —inclusión en el mismo Título del Código Penal—. También los autores que toman como primer indicador de la homogeneidad de naturaleza la identidad de bien jurídico protegido se apresuran a establecer otros correctivos y matizaciones, negando que ese único criterio sea definitivo.

b) En otro orden de cosas y de acuerdo con alguna ilustre propuesta interpretativa, si se parte del concepto de homogeneidad construido en torno al artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tendríamos que negar la equivalencia de naturaleza entre ambas variedades de los delitos de robo pues la igualdad de bien jurídico no corre pareja a una semejanza fáctica que impida hablar de mutación sustancial del hecho, según la terminología legal.

c) La imposibilidad tantas veces recalcada por la jurisprudencia de agrupar en un mismo delito continuado los delitos de robo con violencia o intimidación con delitos de robo con fuerza es invocada también como argumento que alentaría la posición contraria a hablar de identidad de naturaleza a efectos de reincidencia entre ambas modalidades de robo.

d) En el terreno del derecho positivo la disposición transitoria 7.^a se erige en otro importante argumento al emanar de la misma un criterio interpretativo explícitamente asumido por el legislador:

«A efectos de apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análogo denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.»

Para el legislador de 1995 y a efectos de régimen transitorio no basta ni la identidad de bien jurídico protegido, ni la analogía en el *nomen* para afirmar la reincidencia, es necesaria también una similitud en los modos de agresión. Y esa semejanza no concurre en las dos modalidades básicas de robo: en una se utiliza la fuerza en las cosas y en la otra la compulsión sobre las personas.

e) Por fin se considera en el planteamiento de la Consulta que los criterios de estricta dogmática penal pueden no ser suficientes para resolver esta cuestión técnica y se revela como buen método complementario dejar que entre el «aire fresco y esclarecedor de la Criminología» que establezca puentes de comunicación entre la dogmática y la vida cotidiana, y que permita interpretar la expresión «misma naturaleza» también con pautas axiológicas extraídas de valoraciones sociales. Desde esos parámetros es claro que ni el perfil del delincuente, ni la peligrosidad concreta de la conducta permiten equiparar las dos modalidades clásicas de robo. Se arguye como apoyo de esa desconexión conceptual el escaso número de supuestos en que lo que comienza siendo un robo con fuerza se muta en robo con violencia o intimidación.

IV

No se puede negar la solidez de los argumentos expuestos, pero de cualquier forma, aún reconociéndose que se trata de un tema que encierra unas enormes dosis valorativas que permiten considerar defendible las dos posturas, se considera que encierran mayor poder de convicción y se ajustan mejor al derecho positivo vigente las razones que abogan por afirmar la identidad de naturaleza entre las distintas formas comisivas del tipo único de robo y sostener en consecuencia que la condena previa por un delito de robo, sea cual sea su clase, será presupuesto suficiente para apreciar la agravante de reincidencia en un delito posterior de la misma especie.

a) La identidad de bien jurídico protegido es un dato desde luego clave. Es evidente que aunque exista igualdad de bien jurídico entre dos tipos, si están regulados en Títulos distintos (por ejemplo: malversación y apropiación indebida o hurto de bienes públicos; falsedad electoral y falsedad común...), existirá una barrera legal infranqueable para apreciar la reincidencia. Pero desde la premisa contraria, constatada la regulación en un mismo Título del Código Penal el siguiente paso para llegar a conclusiones sobre la reincidencia será indagar si el objeto de tutela jurídica es el mismo, lo que muchas veces no sucederá. Afirmada la identidad de bien jurídico, el juicio ponderativo habrá de concluir la existencia de reincidencia: el dato básico para afirmar la identidad de naturaleza de dos infracciones es su objeto de tutela. Este sirve para definir su elemento nuclear, su esencia. No significa ello que la homogeneidad de bien jurídico protegido deba llevar ya inexorablemente a afirmar la equivalencia de naturaleza a efectos de reincidencia: es necesario introducir algunos correctivos (piénsese en las modalidades culposa y dolosa entre las que, en principio, habrá que negar la identidad de naturaleza).

Las dos modalidades del delito de robo tienen un mismo bien jurídico protegido: el patrimonio. Que en el delito de robo con violencia aparezcan en un lugar secundario otros intereses tutelados como la libertad o el sentimiento de seguridad no ensombrece para nada esa primera afirmación, y menos en el Código Penal de 1995 en que esos otros bienes jurídicos que determinan la pluriofensividad del delito de robo con violencia o intimidación se han difuminado en gran medida al haber abandonado el legislador la técnica de los complejos delictivos (art. 501 del Código derogado) en favor del concurso de infracciones.

Podría en este punto optarse por una tesis intermedia que afirmase la reincidencia cuando todos los bienes jurídicos protegidos por el delito precedente estuviesen también amparados por el delito posterior pero no al revés. De esta forma un delito de robo con violencia serviría de base para aplicar la reincidencia en el posterior delito de robo con fuerza pero no en sentido inverso por contener el delito de robo con violencia la tutela de intereses no contemplados en el robo con fuerza. Pero la delimitación legal de la reincidencia —*misma naturaleza*— obliga a establecer entre los distintos delitos relaciones de reciprocidad y transitividad. No son conciliables con la fórmula legal técnicas interpretativas que conduzcan a considerar que un delito es de la misma naturaleza que otro, pero no en sentido contrario.

Item más, también en algunas modalidades de robo con fuerza aparecen protegidos otros intereses jurídicos: así en los robos en casa

habitada se tutela junto al patrimonio la intimidad encarnada en el hogar o la seguridad de las personas; o en los robos con la agravación del artículo 235.2.^a, el buen funcionamiento de los servicios públicos. Y la presencia de esos otros bienes jurídicos no hará pensar a nadie que las condenas por esos subtipos no servirían para apreciar la reincidencia en un nuevo delito de robo con fuerza en las cosas en su modalidad básica.

Lo decisivo para poder afirmar la identidad de naturaleza es que el bien jurídico básico o predominantemente protegido sea el mismo: y el patrimonio es el bien jurídico protegido en ambas modalidades de robo.

b) Los criterios jurisprudenciales de desarrollo de la regla contenida en el artículo 794.3 relativa a la necesaria homogeneidad de los delitos para salvar la congruencia de la sentencia tienen un alcance diverso: constituyen el reflejo procesal del derecho constitucional a ser informado de la acusación. Se mueven, por tanto, en un orden más de principios procesales básicos que de derecho sustantivo penal, por lo que no son trasladables a la materia que ahora se analiza. Obedecen a un fundamento distinto: las exigencias del derecho constitucional al conocimiento previo de la acusación como base de una defensa eficaz y no puramente formal. En esa temática se trata de comprobar si el derecho de defensa ha sido vulnerado por el cambio en sentencia del título de imputación y a tales efectos lo decisivo es constatar si todos los nuevos elementos fácticos y jurídicos estaban ya de alguna forma o no incluidos en el acta de acusación. De ahí que una infracción pueda ser homogénea respecto de otra pero no en la relación inversa en la medida en que una de ellas sea más amplia o extensa desde el punto de vista fáctico. La exigencia de la identidad de naturaleza de las infracciones a efectos de la agravante de reincidencia tiene un fundamento bien diverso por lo que no parece adecuado trasvasar a este campo las conclusiones obtenidas en el ámbito procesal.

c) En cuanto a la negativa jurisprudencial a agrupar en un único delito continuado los delitos de robo con violencia o intimidación y los perpetrados mediante fuerza en las cosas responde igualmente a razones no relacionadas para nada con la semejanza o disimilitud entre la naturaleza de ambas infracciones. Era el párrafo final del derogado artículo 69 bis el que servía de sostén al Tribunal Supremo para negar la posibilidad de integrar los antiguos delitos de robo del artículo 501 no ya con otros delitos de robo con fuerza, sino ni siquiera con otros de robo con violencia o intimidación cuya idéntica naturaleza, obviamente, no puede negarse. El carácter eminentemente personal de algunos de los bienes jurídicos protegidos en los antiguos

delitos del artículo 501 vedaba toda posible consideración en relación con el delito continuado (entre otras, sentencias de 6 de noviembre de 1985, 18 de julio de 1986, 8 de junio de 1992 ó 1976/1993, de 18 de septiembre). Esta línea jurisprudencial no condiciona en nada por tanto la cuestión de la igualdad o no de naturaleza entre las dos modalidades de robo. Precisamente la nueva regulación del delito continuado (art. 74) utiliza una locución semejante a la del artículo 22.8.1: «preceptos de igual o semejante *naturaleza*» para sustituir a la fórmula más vaga de la legislación anterior que hablaba sencillamente del «mismo o semejantes preceptos penales». Pero, por lo expuesto no cabe extraer de ahí mayores conclusiones. En todo caso, en la medida en que la jurisprudencia al enumerar los requisitos del delito continuado menciona en apartados distintos la identidad de naturaleza o «semejanza de tipo» según la terminología de la sentencia de 4 de julio de 1991, que se basa primordialmente en la naturaleza del bien jurídico protegido (sentencia de 29 de abril de 1989); y la homogeneidad de la técnica comisiva que es requisito distinto del anterior, que por tanto no condiciona la naturaleza, y que consiste en una cierta uniformidad en las técnicas comisivas (sentencia de 6 de octubre de 1989); se apuntaría en sentido contrario. Si entre los delitos de robo con violencia o intimidación y robos con fuerza no se da esa homogeneidad de técnica comisiva, sí se aprecia sin embargo la «semejanza de tipo» que sirve para sostener que comparten la misma naturaleza.

d) La literalidad de la disposición transitoria 7.^a emerge desde luego como razón de fuste para mantener que el legislador al hablar de identidad de naturaleza en el artículo 22.8.^a estaba pensando no solo en el bien jurídico protegido, sino también en la modalidad de agresión. De ahí se puede concluir que en el robo con fuerza y el robo con violencia o intimidación las dispares formas de ataque determinan una naturaleza divergente.

Sin embargo esta argumentación no es definitiva y frente a ella deben predominar otros razonamientos a los que se aludirá enseguida. Por una parte, tal disposición es meramente transitoria sin que tenga más alcance que el destinado a regular los conflictos de derecho intertemporal: al no poder guiarse por ubicaciones sistemáticas el legislador tuvo que buscar otros criterios para resolver los problemas de transitoriedad. Por otra parte, la disposición adolece de graves defectos por lo que no conviene extremar su valor interpretativo: así la referencia a la analogía de denominación no solo es desafortunada sino que está necesitada de una interpretación correctora si no se quiere llegar al absurdo de negar la reincidencia al condenado por violación que comete un delito de agresión sexual del artículo 179 del nuevo

Código Penal. Por fin, la igualdad en la modalidad de ataque al bien jurídico que propugna tal disposición transitoria ha de entenderse en un sentido no de estricta identidad. Un robo con violencia no tiene idéntica forma de ataque a la propiedad que un robo con intimidación pero las diferencias accidentales no deben enturbiar la identidad en lo básico. Y entre los delitos de robo con fuerza y los delitos de robo con violencia en los elementos básicos existe también igualdad en el modo de agresión al bien jurídico «patrimonio»: son delitos de enriquecimiento, en que la modalidad de ataque es el apoderamiento venciendo la resistencia al despojo opuesta personalmente o mediante obstáculos por la víctima.

e) Desde el punto de vista criminológico la introducción de criterios menos dogmáticos como el de las motivaciones, al modo de la disposición antes transcrita del Código Penal italiano, abonarían también una interpretación favorable a la afinidad de naturaleza entre ambas modalidades del robo.

V

Atendiendo a otras perspectivas pueden, además, alegarse muchas razones que militan en favor de la igualdad de naturaleza de los delitos de robo, se perpetren con fuerza en las cosas o utilizando la *vis* física o moral. La identidad de denominación o su inclusión en un mismo capítulo (y consiguiente homogeneidad a efectos de habitualidad: art. 94) son solo algunas de ellas: no por formales, menos elocuentes.

Un repaso por distintos apartados del Código Penal evidencia una realidad muy relevante a estos efectos: es criterio legislativo reiterado la equiparación de la fuerza en las cosas con la violencia o intimidación en las personas. Determinados subtipos agravados del Código Penal se edifican tomando como punto de referencia alternativo ambas modalidades comisivas: así sucede en los delitos de quebrantamiento de condena (arts. 469 ó 470.2) de una manera explícita. En otros tipos penales son precisamente esas dos formas comisivas –violencia en las personas o cosas e intimidación– las que constituyen el rasgo determinante de la intervención del derecho penal (art. 455 que tipifica la realización arbitraria del propio derecho o, con ciertos matices, el art. 504.3.0). Y, por fin, en otro precepto el término «violencia» ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de abarcar tanto la ejercida sobre las personas como la violencia *in rebus* (delito de coac-

ciones –art. 172: sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1992 y 15 de abril de 1993, entre otras–; o delito de allanamiento de morada –art. 202.2 y sentencias de 6 de noviembre de 1987, 21 de abril de 1988, 9 de febrero de 1990 y 12/1993, de 14 de enero–). Estas referencias legales y jurisprudenciales ponen de manifiesto la proximidad legal que existe entre ambas modalidades. No es asumible que delitos como el allanamiento de morada o el quebrantamiento de condena varíen de naturaleza con las consecuencias que en orden a la reincidencia se derivarían por el dato de que se hayan cometido con intimidación o con fuerza en las cosas. En el robo, a diferencia de las otras infracciones citadas, las dos modalidades comisivas tradicionales están diversificadas porque así lo exige la frecuencia de esas infracciones y la necesidad que ha sentido el legislador de modular cada una de las variedades del robo. Pero esa diversificación no es suficiente para quebrar su unidad básica de naturaleza.

La capacidad de los delitos de robo con fuerza en las cosas para transmutarse en robos con violencia o intimidación cuando éstas surgen en su *iter* comisivo constituye otro dato jurisprudencial (por todas, sentencias de 23 de noviembre de 1991 ó 726/1996, de 19 de octubre) que avala la unidad de naturaleza, hasta el punto que precisamente el mero peligro de esa conversión es penalizado en el robo con fuerza en las cosas creándose unos subtipos agravados cuyo fundamento es justamente ése (robo en morada o en establecimiento abierto al público del art. 241: sentencia del Tribunal Supremo 591/1997, de 16 de junio). Esa comunicabilidad entre ambas modalidades delictivas parece que debe extenderse al campo de la nueva agravante de reincidencia.

Desde el punto de vista gramatical la identidad de naturaleza hace referencia a la igualdad en lo esencial, prescindiendo de lo accidental. Y en lo esencial, en todo lo medular, la igualdad entre ambas modalidades de robo es evidente hasta el punto de que son objeto de una definición legal conjunta: el legislador quiere ese tratamiento unificado sistemática y semánticamente lo que demuestra su querencia por considerar que estamos ante infracciones de la misma naturaleza, aunque históricamente el robo con fuerza haya estado más vinculado al hurto (*furta periculosa*) y en otros ordenamientos siga configurado como un hurto cualificado (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1991).

Finalmente se puede ofrecer un argumento de coherencia penológica que, aun no siendo en modo alguno decisivo pues la congruencia en las sanciones señaladas no es desde luego una de las virtudes del Código de 1995 ni de su regulación de los delitos de robo, puede coadyuvar a las razones ya expuestas. De sostenerse la incompatibili-

dad de las dos modalidades de robo a efectos de reincidencia, el condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas que cometiese otro delito de robo con fuerza en un establecimiento abierto al público se vería beneficiado penológicamente si no se conformase con el forzamiento y lograrse a la vez intimidar a alguno de los presentes. De esa forma eludiría la agravante de reincidencia y la pena se podría ver sensiblemente rebajada (sin contar ahora con el posible descenso derivado de la apreciación facultativa del 242.3).

CONCLUSIÓN

En conclusión, entre los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas puede afirmarse la identidad de naturaleza necesaria para sustentar la agravante de reincidencia y así lo sostendrán los Fiscales en sus dictámenes y calificaciones.

CONSULTA NÚMERO 10/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE ROBOS CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN PERPETRADOS EN MORADA

I

La consulta versa sobre las relaciones concursales entre el delito de robo con violencia o intimidación y el delito de allanamiento de morada. El supuesto de hecho que la motiva se produce ya bajo la vigencia del Código Penal de 1995 y consiste en el apoderamiento mediante intimidación de diversos objetos en el domicilio de la víctima. Tras conseguir que se le franquease la entrada del domicilio mediante engaño, la autora exige a la moradora que le entregue dinero y diversas joyas llegando a esgrimir amenazadoramente una jeringuilla ante la resistencia presentada, para emprender finalmente la huida en el curso de la cual lesiona a una vecina que había acudido alertada por los gritos.

No cabe duda alguna de que en la calificación jurídica de los hechos están presentes un delito de robo con violencia o intimidación de los artículos 237 y 242.1 y 2 y una falta o, en su caso, delito de lesiones. La cuestión suscitada estriba en dilucidar si será apreciable también en régimen de concurso medial el delito de allanamiento de

morada previsto en el artículo 202.1 y 2, dado que en principio parecen concurrir simultáneamente todos los elementos que describen tal infracción: permanencia en el domicilio ajeno contra la voluntad del morador valiéndose de intimidación.

La Fiscalía consultante, tomando en consideración la desaparición en el nuevo Código Penal tanto de la agravante genérica de morada (art. 22) como la específica de casa habitada en el robo con violencia o intimidación (art. 242) se pronuncia por la concurrencia junto al delito de robo, de un delito de allanamiento de morada.

II

Una adecuada respuesta al problema planteado en la Consulta exige adentrarse en cuestiones muy diversas. Y parece preciso además antes que nada dibujar el *status quaestionis* de los diferentes temas comprometidos bajo la vigencia del texto penal inmediatamente anterior. Ese ha de ser el necesario punto de partida para afrontar desde una plataforma sólida el alcance que deba darse a las modificaciones operadas por el nuevo Código Penal.

La compatibilidad entre los delitos de robo y allanamiento de morada bajo la vigencia del anterior Código Penal debía negarse radicalmente. Por un lado por la existencia de la agravación específica de perpetración del robo en casa habitada (art. 506.2.^a) que era aplicable no solo a los supuestos de robo con fuerza en las cosas sino también a determinados casos de robo con violencia o intimidación en virtud de la remisión que contenía el inciso final del artículo 501.5.^o De ahí que en virtud de los principios de especialidad y absorción no cupiese ni la apreciación de la agravante genérica de morada ni, por supuesto, el concurso con el delito de allanamiento de morada. La presencia de ánimo depredatorio excluiría el allanamiento de morada.

Por otra parte, la perpetración de un robo con violencia o intimidación en el domicilio de la víctima cuando no era aplicable la citada agravación específica de casa habitada hacía entrar en juego no el delito de allanamiento de morada, sino la agravante genérica de morada que contemplaba el desaparecido artículo 10.16.^a (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero o 16 de septiembre de 1988. Con criterio distinto, únicamente la sentencia de 13 de diciembre de 1990, que, además de ir acompañada de un voto particular precisamente por esta cuestión, sin negar la compatibilidad rotundamente estima que debe matizarse según los resultados alcanzados).

III

Estas conclusiones permanecen incólumes en el nuevo Código Penal para el delito de robo con fuerza en las cosas pues sigue presente para tal infracción la cualificación agravatoria basada en la perpetración de los hechos en casa habitada (art. 241), agravación que repudia la apreciación conjunta de un delito de allanamiento de morada.

Pero en los delitos de robo con violencia o intimidación (art. 242) se han cerrado todas las puertas para contemplar específicamente esa circunstancia de perpetración de los hechos en una vivienda.

En efecto, por una parte ya no existe portillo alguno para apreciar el subtipo cualificado de casa habitada a los delitos de robo con violencia o intimidación. Se culmina así una evolución que partiendo de la aplicación de esa agravación a todo tipo de robos (antes de la reforma de 1983), y pasando por la aplicación tan solo en determinados supuestos (art. 501.5.º, inciso final en la redacción conferida por la reforma operada en virtud de Ley Orgánica 8/1983), ha llegado en el nuevo Código Penal a la aplicación de esa agravación específica en exclusividad a los delitos de robo con fuerza en las cosas.

Y, en otro orden de cosas, el vigente panorama legal queda ya completado refiriéndonos a la desaparición de la agravante genérica de morada en el listado del artículo 22 del Código Penal de 1995. La realización del hecho «aprovechando las circunstancias de lugar... que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente» (art. 22.2.ª) no cubre los supuestos que antes contemplaba la agravante de morada y obedece a una teleología sustancialmente diversa: la protección de la intimidad y santidad del hogar –que fundamentaban la agravación del artículo 10.16.ª– ya no están de manera alguna presentes en las genéricas referencias al lugar de realización del hecho que se recoge en el artículo 22.6.ª

IV

No resultando aplicables por tanto ni una agravación específica ni una genérica que contemple la circunstancia de haberse perpetrado el robo con intimidación en un domicilio ajeno, parecen haberse desvanecido con la entrada en vigor del nuevo ordenamiento penal las razones que servían de base para rechazar el concurso de delitos entre el

robo con violencia o intimidación y el allanamiento de morada ahora contemplado en el artículo 202.

La diversidad de bien jurídico protegido por ambas infracciones –en un caso, el patrimonio; en otro, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio– abona la conclusión de que estamos ante un concurso de delitos y no ante un concurso de normas regulado en el artículo 8. Tan solo el castigo a través de ambas infracciones abarcaría el total desvalor de la conducta afectante a diversos bienes jurídicos.

V

La conclusión anterior puede merecer determinadas objeciones. En efecto se han esfumado las bases que sustentaban la opinión unánime en la práctica y en la jurisprudencia de negar la compatibilidad entre los delitos de allanamiento de morada y robo con violencia o intimidación. Pero podrían argüirse desde distintas perspectivas otras razones para continuar rechazando la existencia en esos supuestos de un delito de allanamiento de morada.

Entre esas posibles objeciones destaca en primer lugar una referida a los elementos subjetivos del delito de allanamiento de morada. En ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el delito de allanamiento de morada requería un elemento subjetivo específico, el ánimo de atentar contra la intimidad ajena. De hecho también en otros países (Alemania, Francia e Italia) se ha producido esa discusión aunque la doctrina más reciente no vacila en entender que para la comisión de ese delito basta el dolo genérico, prescindiéndose de los *animi* o móviles que guían al sujeto.

El artículo 490 del Código Penal derogado contenía una descripción puramente objetiva, sin referencia alguna a elementos anímicos o tendencias o intenciones específicas. Pero la necesidad de buscar mecanismos que permitiesen excluir la punición de los supuestos de imprudencia (dado el sistema de *numerus apertus* de nuestro anterior Código Penal) y la conveniencia de levantar unas fronteras más o menos claras frente a la agravante genérica de morada, motivaron que la jurisprudencia y parte de la doctrina afirmasen en ocasiones la necesidad de un dolo específico de vulnerar la morada para apreciar el delito del antiguo artículo 490. Ese criterio permitía, conforme ya propuso algún clásico tratadista en criterio que luego plasmaría en el Código Penal Argentino, excluir el delito de allanamiento de morada cuando la entrada en la vivienda ajena se realizaba con la finalidad de cometer otro delito de mayor gravedad.

La base legal de tal doctrina era endeble y aparecía incluso contradictoria por la declaración del artículo 491 que hubiese resultado superflua de exigirse un dolo específico en el delito de allanamiento de morada. Pese a ello, junto a algún señalado autor, la jurisprudencia en diversas resoluciones exigió para apreciar el delito de allanamiento de morada un dolo específico o elemento subjetivo del injusto: el ánimo de atentar contra la «paz o santidad del hogar» (entre otras, sentencias de 24 de enero de 1961, 20 de febrero y 11 de noviembre de 1965, 20 de abril de 1966, 27 de mayo de 1968, 23 de octubre de 1969 y 8 de marzo de 1979), ánimo que no sería apreciable cuando la entrada en la morada ajena se hace con finalidad de cometer otro delito: contra la propiedad, contra la libertad sexual, contra la integridad física... En esos casos no sería apreciable un concurso de delitos con el allanamiento de morada, sino tan solo, en su caso, la genérica agravante de morada.

Sin embargo la jurisprudencia mayoritaria ha rechazado con toda lógica esa exigencia de un ánimo específico: basta el dolo genérico (sentencias de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970, 8 de mayo de 1973, 5 de octubre de 1974, 29 de enero de 1975, 15 de enero y 15 de noviembre de 1976). La sentencia de 8 de mayo de 1973 razonaba así:

«Que para resolver el problema atinente a la culpabilidad, ampliamente discutido en la doctrina, de si es suficiente en el delito de allanamiento de morada, con la presencia del dolo genérico, de conocer o tener voluntad de entrar o mantenerse en vivienda ajena contra la voluntad de su morador, o si requiere la presencia, del antiguamente llamado dolo específico y ahora con más técnica elemento subjetivo del injusto, de sólo violar el bien ideal de la morada ajena y la “santidad del hogar”, no teniendo relieve en el primer supuesto, por estar ya consumado el acto con la realización del acceso, las finalidades subsiguientes, que operarían en concurso delictual, mientras que en el segundo caso, la constatación de otros objetivos distintos al de violar la morada, evitarían la acción dolosa del allanamiento que quedaría absorbida, por el deseo teleológicamente buscado, del delito-fin, es evidente, que aun reconociendo las fluctuaciones de la doctrina de esta Sala, entre ambas posiciones, resulta más fundada la que declara con la mayoría abrumadora de la doctrina científica patria, que sólo debe exigirse el dolo genérico, de tener conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico —entrar o permanecer contra la voluntad del morador—, porque el artículo 490 estructura tal infracción únicamente con base en elementos objetivos, sin constancia expresa de elementos subjetivos, al no exigir nominativamente, ningún propósito, ni intención especial determinada, como sería menester para la apreciación de los elementos subjetivos del injusto, máxime cuando se trata de un delito instrumental, que se pone en relación, por lo general, según denota

la experiencia, con otras finalidades, por ser la entrada el comienzo de un proceso con objetivo más distante, por lo que el dolo de violar el domicilio ajeno, más que de propósito, es de consecuencias necesarias, en que tal acto se representa en la mente del inculpado como medio indispensable para conseguir la meta finalmente pretendida, que no se podría lograr de manera distinta, por lo que resulta indiferente el propósito que guíe al autor, ya quiera el allanamiento como fin o como medio de ulterior logro, salvo el especial supuesto de que el delito-fin exija expresa y típicamente la ejecución en morada ajena... »

La jurisprudencia más reciente apunta ya sin fisuras y de forma inequívoca en esa dirección sin que la configuración del delito de allanamiento de morada en el Código de 1995 (art. 202) introduzca elemento alguno que pudiese hacer inaplicable ese criterio jurisprudencial. En ese sentido se pronuncian las sentencias de 6 y 20 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1990 o la más cercana sentencia 2107/1994, de 28 de noviembre que aunque sigue hablando de dolo específico lo hace para equipararlo con el dolo genérico, como se deduce de la solución que se da al supuesto contemplado, explicando incluso que el delito de allanamiento de morada aparecerá casi siempre en concurso con otros delitos (implícitamente también las de 22 de noviembre de 1992 o la de 8 de junio de 1992).

VI

Negada la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada queda expedito el camino para llegar a una solución concursal cuando la invasión ilegítima en la morada ajena era el medio para realizar un atentado contra otros bienes jurídicos: integridad física, vida, libertad sexual... Y en la jurisprudencia existen abundantes precedentes en esta línea: concurso con coacciones (sentencia de 9 de febrero de 1964); con lesiones (sentencias de 11 de marzo de 1964, 29 de septiembre de 1967, 18 de mayo de 1979, 11 de mayo de 1985, 18 de junio de 1990 y 17 de marzo de 1992); con violación (sentencias de 13 de mayo de 1964 y 7 de febrero de 1987); con agresiones sexuales (sentencias de 19 de mayo de 1970, 18 de mayo de 1990); con amenazas (sentencias de 15 de diciembre de 1970 y 6 de noviembre de 1987); con realización arbitraria del propio derecho (sentencia de 22 de abril de 1978); o con hurto (sentencia de 21 de marzo de 1984).

Y cuando se rechazaba el concurso de delitos se hacía para afirmar la concurrencia de la agravante genérica de morada hoy desaparecida (sentencias de 11 de noviembre de 1965, 26 de abril de 1977 o 20 de diciembre de 1978), insinuándose a veces incluso que posiblemente fuese más correcta la solución del concurso con el delito de allanamiento de morada (sentencia de 22 de noviembre de 1992 que contempla un caso de delito de violación con apreciación de la agravante de morada).

Expulsada del vigente Código Penal la agravante de morada, no cabe esa posibilidad de respuesta punitiva. En consecuencia todos los casos en que la entrada o permanencia ilícita en la morada ajena conviva con otra infracción penal se penarán a través de las normas del concurso de delitos que muchas veces será medial (art. 77), aunque no es descartable que en ocasiones haya que acudir al sistema ordinario de punición del artículo 73 por tratarse de un concurso real puro (sentencias de 17 de marzo de 1992 y 2107/1994, de 28 de noviembre).

No existe ningún dato o característica especial en los delitos de robo con violencia o intimidación que, con arreglo al nuevo Código Penal, fundamenten una solución distinta a la del concurso con el delito de allanamiento de morada que se utiliza sin duda alguna para otros delitos como los de lesiones o los que atentan contra la libertad sexual. La inexistencia de elemento diferencial alguno justificativo de un tratamiento diferente obliga a dar por válida también en esos supuestos la solución concursal, única capaz de abarcar el mayor desvalor de la conducta que supone, junto al atentado a la seguridad y a la propiedad, un ataque a la intimidad encarnada en la protección del domicilio. Tan solo en el delito de robo con fuerza en las cosas es descartable esa respuesta por la previsión específica del artículo 241.1.

De esa forma además se introduce un importante paliativo al absurdo que representaría establecer una penalidad igual y con posibilidad de rebaja para el robo con violencia cometido en casa habitada (art. 242.1 y 3) que para el robo con fuerza en idénticas circunstancias (art. 241.1).

Lógicamente para que se aprecie el concurso de infracciones será necesario que se den todos los elementos definidores del delito de allanamiento: penetración en la parte cerrada de la morada; voluntad contraria del morador, que no necesariamente ha de ser expresa basando la que se deduce lógicamente y racionalmente (sentencias de 2 de febrero de 1988, 9 de febrero de 1990 o 12/1993, de 14 de enero); un mínimo de permanencia en la morada tras la exteriorización de la voluntad contraria...

Esta solución, con las matizaciones que deban hacerse, es también válida para los delitos de allanamiento previstos en el artículo 203.

CONCLUSIONES

1.^a La supresión de la agravante de morada y la limitación del tipo agravado de casa habitada al robo con fuerza en el vigente Código Penal conducen a afirmar la compatibilidad entre el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y el delito de allanamiento de morada.

2.^a La perpetración de un robo con violencia o intimidación en morada ajena a la que se haya penetrado de forma ilegítima, dará lugar a un concurso entre los delitos de robo y allanamiento que si se da la relación de medio a fin exigida por el artículo 77 del Código Penal deberá penarse con arreglo a tal disposición.

CONSULTA NÚMERO 11/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS COMETIDO EN EDIFICIO O LOCAL ABIERTOS AL PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 241.1 del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, prevé un subtipo agravado de robo con fuerza en las cosas cuando se cometa «en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias».

La Fiscalía consultante plantea sobre dicho precepto dos cuestiones diferentes. La primera, objeto central de su exposición, hace referencia a si tal agravación opera solamente cuando el robo se cometa en edificio o local durante las horas de apertura al público, o si la agravación será de aplicación también cuando el robo se cometa en horas de cierre.

La segunda cuestión, suscitada en la Consulta de forma indirecta, se refiere al alcance de la expresión «edificio o local abiertos al público» y, en concreto, a cuáles sean las características definidoras

de los inmuebles que hayan de entenderse incluidos en la referida agravación.

Un orden lógico en el examen de tales cuestiones aconseja comenzar por la segunda. De esa forma, una vez fijado qué deba entenderse por «edificio o local abierto al público», se analizará cuál sea el horario al que alcanza la especial protección de tales lugares.

II. EL FUNDAMENTO DEL SUBTIPO AGRAVADO

La expresión «edificio o local abiertos al público» es empleada en el vigente Código Penal no sólo en el citado artículo 241, sino también en otros preceptos que utilizan parecidas expresiones. Así, entre otros, en el artículo 120.3 respecto de la responsabilidad civil subsidiaria; en el artículo 194 referido a la clausura de establecimientos o locales abiertos o no al público en los que se realizaren conductas constitutivas de delitos relativos y a la prostitución o de exhibicionismo y provocación sexual; en los artículos 203 y 635 referidos al allanamiento de locales; en los artículos 271 y 276.2 respecto de los delitos de propiedad intelectual e industrial; 298.2 y 302 apartados a) y b) en cuanto al delito de receptación; y, finalmente, en el artículo 369.2 que recoge un subtipo agravado en el delito de tráfico de drogas y 370 apartados a) y b) que regula su clausura.

Pese a tan profusa utilización del término, no existe en el Código un concepto legal de tales lugares, a diferencia de lo que sucede con los conceptos de casa habitada o de dependencias (apartados 2 y 3 del artículo 241). La indefinición ha suscitado una diversidad de criterios interpretativos que han tenido reflejo en las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales hasta la fecha, con la consiguiente disparidad de soluciones y merma de la seguridad.

En la indagación de la solución a tales problemas deberá necesariamente partirse del fundamento último de la agravación, es decir, de la razón de política criminal que ha movido al legislador a agravar tales conductas, como pauta interpretativa de primer orden para esclarecer el concepto de local abierto al público y el alcance, en definitiva, del subtipo.

En el Código Penal de 1995 la conducta delictiva se agrava por su realización en establecimientos o locales abiertos al público en los delitos de tráfico de drogas, en los de receptación y, finalmente, en los de robo con fuerza en las cosas. La finalidad de la agravación es distinta en cada uno de tales delitos.

En aquél radica en las mayores probabilidades de difusión de la droga y de eludir la responsabilidad al realizarse la actividad desde un local abierto al público. La finalidad aparente o de cobertura es la de prestar un servicio lícito que se desarrolla para tapar o camuflar la verdadera actividad ilícita, con la especial dificultad para el descubrimiento de los hechos y su persecución que conlleva la mezcla de ambas actividades y la confusión de personas que acuden al establecimiento. Por dicha razón, el subtipo agravado del artículo 369.2 –equivalente al antiguo artículo 344 bis a) número 2– se aplicará cuando se difunda la droga por los responsables o empleados de los establecimientos abiertos al público durante las horas en las que se halle abierto el local y pueda, por tanto, confundirse la actividad ilícita con la lícita que sirve de tapadera. Es claro que una operación de tráfico de droga llevada a cabo en el interior de un local durante las horas de cierre al público no permitirá por ese solo dato reclamar la figura agravada.

En el delito de receptación se prevé una agravación cuando el receptor adquiere, recibe u oculta los efectos para traficar con ellos. Incluso la pena se agrava si el tráfico se realizase utilizando un «establecimiento o local comercial o industrial» (art. 298.2 para la receptación de efectos provenientes de delito), o un «local abierto al público» (art. 299.2 para la receptación de faltas). El artículo 302 en sus apartados a) y b) contempla la clausura definitiva o temporal de los locales o establecimientos abiertos al público de las organizaciones dedicadas a este tipo delictivo. El fundamento de la agravación estriba en la mayor peligrosidad que supone el poner un establecimiento abierto al público al servicio de la receptación, con la facilidad para dar salida de dicho modo a los efectos receptados.

Sin embargo, en el delito de robo con fuerza en las cosas, por su propia naturaleza, la ratio de la agravación no coincide con el de las anteriores figuras delictivas y, por ello, se hace precisa la tarea de indagación, máxime cuando el legislador de 1995 no ha proporcionado orientación o justificación alguna de este subtipo en la escueta Exposición de Motivos del Texto punitivo.

El artículo 241.1 al referir la agravación del robo con fuerza en las cosas a que éste se cometa «en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias», equipara un conjunto de lugares de diferente signo. Junto a la casa habitada se incluyen los edificios o locales abiertos al público. En el CP derogado eran varios los lugares dignos de especial protección en el robo: la casa habitada (506 número 2), los edificios públicos (506 número 5) y las oficinas bancarias o recaudatorias (506 número 4).

Pues bien, ha de buscarse el fundamento que justifique la inclusión, junto a la casa habitada, de determinados espacios en el subtipo del artículo 241.1 del NCP.

Para la casa habitada, la jurisprudencia unánimemente ha señalado (así, por solo citar algunas, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1988, 1 de marzo de 1990, 10 de abril de 1992 y 14 de junio de 1993) que la mayor protección de tales lugares se dispensa en atención a la especial peligrosidad del robo por la probable presencia de personas en el interior de la vivienda y al plus que supone el ataque a lo que se ha venido en denominar la «santidad del hogar», marco físico en el que se desenvuelven facetas esenciales de la intimidad de la persona. De ahí que el Alto Tribunal aprecie la agravación aun cuando no existan moradores accidentalmente en el momento de la comisión o cuando, incluso, el agente se asegura de la inexistencia de habitantes en dicho momento, en consideración tanto a la posibilidad de un inesperado regreso de los mismos cuanto del siempre existente ataque a la referida intimidad.

El problema estriba en averiguar el fundamento que permite la inclusión junto a la casa habitada de otros lugares tales como edificios públicos o establecimientos mercantiles o comerciales.

En el CP derogado se contenía una agravación del robo en el artículo 506 número 5, que disponía: «cuando se verifique en edificio público o en alguna de sus dependencias». La jurisprudencia recaída sobre este precepto —sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991, 26 de mayo de 1989, 8 de abril de 1986, 22 de noviembre de 1985, de 5 de diciembre de 1984, y 4 de junio de 1981, entre otras— vino entendiendo por «edificio público», a efectos de la agravación, aquellos inmuebles que por su función se encuentran adscritos a cualquier servicio oficial, civil o militar, de las Administraciones Públicas.

El fundamento de la especial protección de tales lugares se dispensaba no sólo por la naturaleza de los mismos como bienes pertenecientes a las instituciones u organismos fundamentales de la sociedad, que encarnan, en mayor o menor medida, a todos los ciudadanos, sino también por el carácter de función pública que tiene cuanto dentro de los mismos se desarrolla, como misión realizada en pro de primarios servicios sociales, en su más amplio significado, la mayoría de las veces por personas investidas del carácter de autoridad o al servicio de las mismas.

La razón de la agravación, explicitada por la jurisprudencia recaída sobre el antiguo artículo 506 número 5 y enteramente acogible, podría justificar la inclusión de tales lugares en el nuevo subtipo. Sin

embargo, el artículo 241.1 del vigente CP no se refiere a «edificios públicos», como sucedía en el número 5 del antiguo artículo 506, sino a los edificios o locales «abiertos al público». De ahí se colige que el concepto de edificio o local abierto al público no es coincidente con el anterior concepto de edificio público.

Por una parte, con la expresión abiertos al público se excluyen aquellos edificios públicos en los que la actividad desarrollada no permita en modo alguno el acceso a los mismos de terceras personas distintas de quienes allí prestan sus servicios, es decir, de público. Los locales o edificios públicos pero no abiertos al público están excluidos del subtipo del artículo 241.1, al no darse en los mismos uno de los elementos exigidos por el subtipo. Ello sin perjuicio de que la sustracción en edificios públicos de cosas destinadas a un servicio público pueda venir agravada por la remisión del artículo 241.1 a lo dispuesto en el artículo 235.2 del Código Penal.

Por otra parte, se extiende el radio de la agravación a lugares en los que no concurre la nota de la afectación de servicios públicos de interés general.

Por ello, la nota de «abiertos al público» se erige en un dato esencial para indagar el fundamento último de la protección dispensada a todos estos lugares, ya sean de destino público o privado.

La razón de la agravación del antiguo artículo 506 número 5 para los edificios públicos no subsiste en el subtipo agravado en el artículo 241.1, que sólo comprende a los edificios públicos cuando en ellos haya posibilidad de libre acceso de público. Por ello, debe buscarse una justificación del subtipo que permita explicar la razón de la inclusión en el mismo de los edificios públicos únicamente cuando, además de los funcionarios o personal existente en su interior, puedan acceder terceros a su interior, así como de los edificios o locales destinados a fines de carácter particular.

De entre las posibles razones que se han esgrimido por la doctrina cabe citar las siguientes:

1.^a La protección última de la integridad física de las personas. La inclusión de estos locales obedecería al riesgo que de tales acciones se deriva para las personas que puedan hallarse en el interior de los mismos.

2.^a La protección del derecho fundamental de la intimidad de las personas, en la medida en que ésta se vulnere mediante la entrada en algunos de dichos lugares o sus dependencias.

3.^a La protección del comercio. Respondería así la inclusión de estos lugares a la decisión del legislador de dispensar una especial protección a la actividad mercantil de los comerciantes que se desa-

rolla en determinados espacios físicos –los locales de tipo mercantil o comercial–. Esta justificación llevaría a excluir del ámbito del subtipo a los edificios públicos abiertos al público.

4.^a Meras razones de técnica legislativa: la creación en el nuevo Código de una figura que, aunando los bienes jurídicos propiedad e intimidad, evite el concurso delictivo entre delito de robo con fuerza y el delito de allanamiento de local contemplado en el nuevo artículo 203. La agravación punitiva encontraría su fundamento en la inclusión en el ámbito del artículo 241.1 de la conducta típica del artículo 203.

El acogimiento de una u otra línea de justificación llevaría a conclusiones distintas en el entendimiento del subtipo agravado. Pese a reconocer la dificultad e inseguridad de la cuestión, hemos de acoger el primero de los fundamentos señalados. A ello contribuyen las siguientes razones.

En primer lugar, existe un antecedente legislativo que abona dicha interpretación: el Proyecto del Código Penal de 1980 en su artículo 246.1 emplea, por vez primera, idéntica fórmula a la del actual artículo 241.1. Dicha agravación ha ido posteriormente recogiendo en los sucesivos Proyectos hasta plasmarse definitivamente en el presente Código. Pues bien, en la Memoria Explicativa del Proyecto de 1980 puede leerse lo siguiente: «los robos calificados son (...) el perpetrado en casa habitada o en edificio o local abierto al público, noción esta última que reemplaza a la de edificio público o destinado al culto, con lo que *se pone el acento en el riesgo de ataque para las personas...*».

La omisión de toda referencia en la Exposición de Motivos del NCP puede suplirse así mediante ese texto proyectado que, pese a no cuajar en derecho positivo, sirvió de inspiración a los siguientes proyectos y entre ellos el que ha venido a ser el vigente Código, textos que no han hecho más que transcribir la modificación del Proyecto de 1980.

De otra parte, el Tribunal Supremo, en la función de complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina emanada de la interpretación y aplicación de las normas, ha resuelto en sentencia número 591/1997, de 16 de junio, que «el fundamento de la agravación prevista en el número 1.º del artículo 241 del Código Penal no puede ser otro que el riesgo que pueda derivarse para las personas que pueden encontrarse en su interior cuando se comete el robo». El criterio sostenido por la sentencia fue previamente sometido al Pleno de la Sala Segunda del Alto Tribunal y aprobado por unanimidad.

Por último, ninguno de los otros criterios antes señalados explica el hecho de que se incluyan en el subtipo agravado un conjunto dispar de lugares (casa habitada, edificio público, edificio comercial, o dependencias de todos los anteriores) y se exija, además, a excepción de la casa habitada, que se hallen por su propia naturaleza abiertos al público.

III. CONCEPTO DE EDIFICIO O LOCAL ABIERTOS AL PÚBLICO

Partiendo, por lo tanto, de dicha justificación, que habrá de servir de clave para la resolución de cuantas cuestiones suscite la agravación, podemos señalar que en el concepto de edificio o local abierto al público, ya sea de destino público o privado, han de darse las dos siguientes notas:

a) Existencia de una cierta infraestructura y acondicionamiento de un local que permitan el acceso físico de público a su interior.

Esta primera nota ha permitido en el delito de tráfico de drogas excluir de la agravación determinados supuestos tales como los kioscos callejeros. En relación con el tráfico de drogas, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1994 ha estimado que no cabe reputar establecimiento abierto al público un kiosco callejero de la ONCE al sostener que no tiene virtualidad, por insuficiente infraestructura, para permitir camuflar el tráfico ilícito, por lo que no concurre el fundamento de la agravación.

Cabe cuestionarse si tal solución es trasladable al delito de robo con fuerza en las cosas. El fundamento de la agravación –riesgo para las personas que se encuentren en el interior cuando el hecho se comete– reclama la aplicación de la agravante solamente en la medida en que exista una cierta infraestructura inmobiliaria que dé cobertura a la actividad allí desarrollada y permita el acceso de público al interior. El empleo del término «local abierto al público» hace referencia a espacios o lugares cerrados, tanto según la significación etimológica del término local, como el de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada con ocasión de la legislación arrendaticia que viene entendiendo por local el «...recinto comprendido dentro de las paredes y el techo que limitan ese espacio, tanto en sentido vertical como horizontal...» (sentencia de 27 de septiembre de 1985).

La agravante, pues, so pena de interpretar extensivamente el precepto, no podrá aplicarse a aquellos lugares en los que no exista la posibilidad de acceso de público al interior, en la medida en que no son, como gramaticalmente reclama el artículo 241, «local abierto al público». Se excluyen así los puestos de venta callejera, kioscos, taquillas de despacho de billetes, venta desde vehículos, etc... La agravación precisa de la existencia de un inmueble o local a cuyo interior pueda acceder público (oficinas públicas, bares, cafeterías, tiendas de artículos, hoteles, bancos, etc.).

Baste, por último, en este sentido, señalar que en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes citada, de 16 de junio de 1997, se recuerda que «...se sustituyó el concepto de edificio público por el absolutamente injustificable “local abierto al público”, que se estimó omnicomprendivo y que supone una descripción amplísima que acoge desde los edificios públicos en sentido estricto hasta cualquier lugar que está a disposición de toda persona *que en él quiera entrar...*».

La posible entrada de público en el local o recinto protegido, y no la mera permanencia en la vía pública o en el exterior, se erige en nota esencial para la apreciación del subtipo. El peligro derivado del robo con fuerza en el primero de los supuestos es evidentemente mayor, lo que justifica dicho requisito.

De otra parte, los artículos 203 y 635 al referir el delito y la falta de allanamiento, respectivamente, al «domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público», contraponen los conceptos de establecimiento o local abiertos al público al resto de los lugares que mencionan. En caso de robo con fuerza en tales lugares, cuando en ellos no se den las notas que ahora examinamos, se deberán aplicar las normas concursales entre el tipo básico de robo con fuerza y las infracciones penales contempladas en los artículos 203 y 635.

b) En tales locales ha de poder acceder indiscriminadamente cualquier persona –sin perjuicio de la reserva del derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

La posible entrada de público al local debe ser entendida como acceso de carácter físico, debiendo erradicarse por ello del concepto de local abierto al público aquellas dependencias a las que el público no accede físicamente sino en forma figurada a través de la atención que reciben, generalmente las veinticuatro horas, mediante líneas telefónicas o servicios informáticos. En estos supuestos no se cubre el

requisito del posible acceso de público al local, no concurriendo la justificación del subtipo agravado.

IV. SOBRE EL PROBLEMA DE LA APRECIACIÓN O NO DE LA AGRAVANTE EN LOS ROBOS COMETIDOS DURANTE LAS HORAS DE CIERRE DE LOS ESTABLECIMIENTOS

Dos son las posibles soluciones a este problema y ambas cuentan con sólidos apoyos.

a) Criterio de la apertura administrativa.

La que se ha venido en denominar tesis de la apertura administrativa, que admite la apreciación del subtipo tanto cuando el robo se cometa en horas de apertura física del local al público cuanto durante el horario de cierre del mismo, cuenta con los siguientes argumentos.

En primer lugar, el artículo 241.1 no distingue entre horas de apertura o de cierre, lo que conlleva la imposibilidad de que se efectúe por el intérprete dicha distinción. Es más, la no distinción del artículo 241 se lleva a cabo intencionadamente por el legislador, no se trata de un olvido o de una mera falta de previsión del posible problema interpretativo generado por la ausencia de mención. Que esto es así se deduce del hecho de que en el allanamiento, en las modalidades de los artículos 203.1 y 635, se limita la conducta ilícita a su realización «fuera de las horas de apertura». Incluso en el debate parlamentario se rechazó la enmienda del Grupo Parlamentario Coalición Canaria en el Congreso de los Diputados que pretendía la supresión de la expresión «fuera de las horas de apertura». Por contra, en la modalidad de allanamiento del artículo 203.2 no se circunscribe a dicho momento la posible comisión del delito.

En segundo lugar, si bien como argumento de menor relevancia, se aduce que la propia dinámica de las cosas hace prácticamente impensables supuestos de robo con fuerza en locales durante las horas de apertura. La mayoría de tales robos se cometen en horarios de cierre.

b) Criterio de la apertura física.

Según esta línea de interpretación, el subtipo sólo entra en juego cuando el robo se cometa durante las horas de apertura física del local, no pudiendo apreciarse cuando se realice hallándose el local cerrado al público.

Es esta tesis por la que se ha decantado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la precitada sentencia de 16 de junio de 1997. Los argumentos de apoyo son los siguientes.

El motivo principal, proporcionado por la sentencia, estriba en que si el fundamento de la agravación radica en el riesgo que puede derivarse para las personas que pueden encontrarse en el interior del local cuando se comete el robo, dicho riesgo no existe durante las horas de cierre del mismo. No existiendo riesgo fuera de las horas de apertura, la agravación no puede extenderse más allá de esas horas. Carece de fundamento aplicar el subtipo en tales casos.

En la casa habitada se excepciona dicha solución en el artículo 241.2 que permite la apreciación del subtipo aunque accidentalmente se hallen ausentes los moradores cuando el robo tiene lugar. El riesgo de posible vuelta de tales moradores, al margen de la santidad del hogar, imponen la apreciación del subtipo. En los «edificios o locales abiertos al público», sólo cuando concorra dicho riesgo se apreciará la agravación. No existe tal riesgo durante las horas de cierre y sí durante las de apertura física haya o no personas en su interior, dada la posible entrada ulterior de las mismas.

La objeción antes expuesta de que son impensables supuestos de robo con fuerza en locales durante las horas de apertura no es tal si se repara, por un lado, en la extensión de la agravante a las dependencias a que se refiere el artículo 241.3 en las que cabe perfectamente pensar en la hipótesis de un robo con fuerza durante la apertura del local principal, y, por otro, en la cada vez más usual existencia dentro de determinados establecimientos (grandes superficies, joyerías, etc.) de barreras específicas de protección o sistemas de cierre individual o colectivo de determinados productos de alto valor.

El criterio de apertura física ha de ser acogido, en tanto resulta más respetuoso con el fundamento último de la agravación, con las siguientes matizaciones. Es claro que si el fundamento del subtipo no concurre no podrá apreciarse el mismo. Ahora bien, esto impone las siguientes soluciones: primero, se apreciará la agravante durante las horas de apertura del local haya o no personas en su interior; segundo, no será aplicable durante las horas de cierre si no existen personas efectivamente en el interior o de existir se desconocía tal extremo por el sujeto activo del robo; y, por último, consecuentemente se dará la agravación, por concurrir su fundamento, si durante las horas de cierre se lleva a cabo el robo conociendo el sujeto activo la existencia de personas en su interior (v. gr.: el local se cierra a terceros pero permanecen aún clientes o trabajadores dentro).

La solución que se acoge se ve posibilitada en tanto que el artículo 241.1 no limita la aplicación del subtipo a ningún horario determinado, a diferencia de lo que sucede en las modalidades de los artículos 203.1 y 635 que restringen la conducta ilícita a su realización «fuera de las horas de apertura». Por ello, la no aplicación de la agravación en el robo durante las horas de cierre se preconiza en tanto no concurra el fundamento de la agravación, no por ausencia de algún elemento del tipo. Por ello, si durante las horas de cierre se diera el fundamento de subtipo, éste habría de ser aplicado siempre que la culpabilidad del agente lo abarque.

CONCLUSIONES

Primera.—El fundamento de la inclusión en el subtipo agravado del artículo 241.1 del Código Penal, junto a las casas habitadas, de los «edificios o locales abiertos al público» estriba en el riesgo derivado del robo para las personas que puedan encontrarse presentes en el interior del local.

Segunda.—Por edificio o local abierto al público se entienden aquellos lugares con una infraestructura tal que permita el acceso físico de público a su interior y que, destinados a fines públicos o particulares, tengan abierto su acceso indiscriminadamente a cualquier persona —sin perjuicio de la reserva de derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

Tercera.—El subtipo agravado sólo se apreciará en tanto concurra el fundamento de la agravación, por tanto, siempre durante las horas de apertura al público, y también cuando, pese a tratarse de horas de cierre, el sujeto activo del robo tuviera conocimiento a la realización del hecho de la existencia de personas en el interior del local.

Instrucciones

INSTRUCCIÓN NÚMERO 1/1997, DE 6 DE OCTUBRE, ACERCA DE ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LA PRESENCIA DE LA REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL JURADO

El sistema de recursos creado por la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, supuso la introducción de los artículos 846 bis a) a 846 bis f), de la LECr. Tal cuadro normativo, que incluía la novedosa coexistencia de los recursos de apelación y casación frente a las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado Presidente, ha sido objeto de análisis crítico por la dogmática y por la propia praxis de los Tribunales que se han enfrentado a la experiencia aplicativa del citado texto legal. Sin embargo, al margen del grado de aceptación o censura que merezca el régimen de impugnación ideado, lo cierto es que su vigencia ha generado algunos problemas de índole puramente funcional y que pueden llegar a afectar, en cierta medida, a la operatividad misma del Ministerio Fiscal.

En efecto, la práctica ha puesto de manifiesto que, en no pocos casos, cuando cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal entablan el recurso de apelación autorizado por el artículo 846 bis a), párrafo primero, a resolver por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, el representante del Fiscal que ha ejercido la acción pública ante el Tribunal del Jurado, solicita autorización para la llevanza personal de la vista de la apelación ante el citado Tribunal Superior de Justicia. Dicha solicitud refleja un elogiable interés por parte del Fiscal que, desde la incoación del proceso penal, ha estado en contacto con las fuentes de la investigación y en consecuencia, conoce de primera mano los datos que singularizan el hecho justiciable. De ahí que, en aquellos casos en que el lugar en el que se celebrara el juicio en primera instancia fuera el mismo que la sede del Tribunal Superior de Justicia, la conveniencia de que los Fiscales-Jefes acomoden la distribución de asuntos de forma que se produzca la deseada coincidencia entre el funcionario del Ministerio Fiscal que conoció del juicio ante el Tribunal del Jurado y aquél que haya de hacer valer la tesis del Fiscal en la apelación, resulta incuestionable.

El problema surge cuando no existe esa identidad entre ambas sedes procesales. En tales supuestos, las solicitudes por parte del Fiscal conecedor del caso a fin de que sea autorizada su presencia en la vista de la apelación, están generando algunas disfunciones. La existencia de una cobertura legal para que tal instancia sea atendida, es innegable a la vista de lo prevenido en el artículo 26 del Estatuto Orgánico de 1981. Sin embargo, el óptimo funcionamiento del Ministerio Fiscal sugiere que las fórmulas estatutarias excepcionales –y el artículo 26 presenta todas las evidencias de serlo– sean aplicadas a supuestos también excepcionales. El buen gobierno de la institución no parece compatible con una –cada vez más numerosa– presencia itinerante de miembros del Ministerio Fiscal en un seguimiento procesal que –no se olvide– puede acabar ante el Tribunal Supremo, si se hace valer el recurso de casación que habilitan los artículos 847 y 848 de la LECr. Resulta evidente, en definitiva, que el principio de unidad orgánica que informa la actuación del Ministerio Fiscal se refuerza, si cabe, con la presencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Fiscales adscritos funcionalmente a tal órgano jurisdiccional, con independencia de quien hubiera representado al Ministerio Fiscal en la primera instancia.

En consecuencia, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Fiscales Jefes acomodarán sus decisiones y darán curso a las distintas solicitudes que pudieran producirse, conforme a un criterio restrictivo, con arreglo al cual, se evitará el desplazamiento de aquellos Fiscales que hubieran conocido el procedimiento por Jurado en la primera instancia hasta la sede del Tribunal Superior de Justicia que haya de conocer de la apelación. Ello no es obstáculo, claro es, para que en aquellos supuestos de especial complejidad o en los que la singular naturaleza del objeto del proceso así lo impongan, se acuerde lo necesario para activar la fórmula estatutaria que permite el excepcional traslado del representante del Fiscal. A tal efecto, la solicitud habrá de ir acompañada de cuantos antecedentes e informes avalen la especialidad del caso que motiva aquella medida.

BIBLIOGRAFÍA

KURT SCHMOLLER (HRSG.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer-Verlag Wien-New York, 1996, 840 pgs.

Con motivo del 65 cumpleaños del Doctor Otto Triffterer –Catedrático de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Salzburgo (Austria), así como Decano de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad– numerosos amigos y colegas austríacos, alemanes, y de otros muchos países han aportado sus contribuciones recopiladas en el homenaje que se recensiona. El libro ofrece una visión extremadamente valiosa de la situación actual de la ciencia penal, así como de las perspectivas de la moderna política criminal. Aborda problemas nucleares tanto de la Parte General como de la Parte Especial del Derecho Penal, expone las últimas tendencias de la política criminal, y profundiza en cuestiones centrales de la criminología (y sus relaciones con la teología), el Derecho Penitenciario, el Derecho Procesal Penal y la psiquiatría.

A modo de prólogo, el maestro del homenajeado, el Profesor *Hans-Heinrich Jescheck*, relata la trayectoria académica de su discípulo desde los años de estudiante en la Universidad de Friburgo (Alemania). Desde su época como referente para el Derecho Penal inglés y americano en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional, hasta su 65 aniversario como Catedrático y Decano de la Universidad de Salzburgo, el Profesor Triffterer ha ocupado diversos cargos académicos, primero como asistente en la Universidad de Friburgo, y luego como Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal y Derecho Penal internacional en diversas universidades tanto alemanas como austríacas. Su discípulo y editor de esta obra, el también Catedrático de la Universidad de Salzburgo Doctor *Kurt Schmoller*, dedica unas páginas para felicitar a su maestro homenajeado. Destaca especialmente su humanidad, que se manifiesta no sólo en sus trabajos científicos, sino también en la vida diaria.

Entre los amigos del homenajeado se encuentra el Profesor *Antonio Beristain*, quien inicia la obra con una contribución (enmarcada en el capítulo relativo a la ciencia penal y a la teología) referida a dos ciencias, la criminología y la teología, que necesitan de una apertura crítica recíproca. La tesis central del autor acentúa que la criminología, como ciencia multi e interdisciplinar, ha de ser una ciencia abierta al resto de las disciplinas y, por tanto, también a una nueva dimensión de valores «teológicos» (tales como el respeto, la tolerancia, etc...). En este sentido, considera de gran utilidad la intensificación del diálogo mutuo entre ambas disciplinas.

En el marco de un homenaje al Profesor Otto Triffterer no podía faltar un apartado dedicado a la dogmática penal, uno de los aspectos que más ha ocupado su atención. Abordan los distintos autores problemas específicos tanto de la Parte General como de la Parte Especial del Derecho penal. En cuanto a la Parte General se estudian cuestiones relativas a la estructura temporal del juicio de imputación, a la causalidad y a la imputación objetiva, a las categorías de la antijuridicidad y de la culpabilidad, a las formas de imperfecta ejecución, así como a la autoría y a la participación. El Profesor *Justus Krümpelmann* destaca la distinción existente en la ciencia penal para el juicio de un suceso entre consideraciones *ex ante* y consideraciones *ex post* y la importancia que tiene el juicio de pronóstico (que no es un juicio de imputación, sino que lo prepara) para la determinación de la evolución de los hechos. En el ámbito de la causalidad es de destacar la contribución del Profesor *Kurt Schmoller*, quien estudia aquellos casos en los que un comportamiento sólo es subsumible en un tipo penal cuando tiene lugar con posterioridad el comportamiento erróneo de un tercero. El problema en concreto radica en determinar si el resultado punible es imputable al primer interviniente. Para reflejar mejor la problemática analiza tres concretos supuestos, ofreciendo criterios para la resolución de los mismos. Algunas contribuciones se centran en la categoría de la antijuridicidad y su exclusión. Así, el Profesor *Karl Heinz Gössel* discute uno de los puntos más conflictivos de la dogmática jurídico-penal: el tratamiento del error sobre el tipo permisivo, o error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Por su parte, el Profesor *Kristian Köhl* analiza ampliamente la discusión existente en la segunda mitad del siglo XIX sobre la legítima defensa tanto en Alemania como en Austria. El doctor *Einhart Steininger* estudia el concepto de imprudencia en los casos de exceso en la legítima defensa en el marco del Código Penal austríaco. Entre las contribuciones relativas a la categoría dogmática de la culpabilidad cabe incluir la del Profesor *Reinhard Moos*, que

centra su estudio en el concepto de culpabilidad en el Código Penal austríaco. Partiendo del reconocimiento que hace dicho texto legal del principio «no hay pena sin culpabilidad» –la culpabilidad aparece en el Código Penal como fundamento y como medida de la pena–, desarrolla especialmente las diferentes interpretaciones doctrinales del Código Penal austríaco en función de los autores más destacados. También aquí se puede incluir el estudio del Profesor *Wolfgang Schild*, quien aborda la figura de la «*actio libera in causa*» (alic) a la que califica, en paralelo con la teoría de la participación y siguiendo al Profesor Nowakowski, como autoría mediata mediante la que el autor se utiliza a sí mismo como instrumento. En tales casos, dice, es imputable al autor la acción del instrumento, que es él mismo. El Profesor *Walter Gropp* analiza la punibilidad de los soldados de la antigua DDR que vigilaban el muro de Berlín, frontera entre las dos alemanias, por razón de los disparos –algunos mortales– realizados contra ciudadanos que cruzaban de un país al otro, con base tanto en el Derecho de la antigua RDA como con el de la RFA, concluyendo que, de acuerdo con los presupuestos e intereses del Estado de Derecho, tales conductas deben ser consideradas impunes.

En cuanto a las formas de imperfecta ejecución, el Profesor *Helmut Fuchs* aborda, desde el punto de vista del derecho austríaco, una discusión que tiene reflejo en la doctrina alemana, en la austríaca y también en la española. Analiza el problema que divide a la doctrina de si la tentativa de un delito requiere en el autor el dolo del delito consumado o si por el contrario, se ha de diferenciar entre el dolo y la resolución o voluntad de realización de actos ejecutivos. En cuanto a las cuestiones relativas a la autoría y a la participación, el *Doctor Wilhelm Friedrich* se centra en una de las peculiaridades más importantes del ordenamiento penal austríaco: el problema del concepto unitario de autor en relación con la admisibilidad o no de la accesoriedad en la participación. Por su parte, el Profesor polaco *Andrzej Zoll* explica las particularidades del sistema de la participación punible en los delitos especiales en el Código Penal polaco vigente. El sistema de la participación en Derecho Penal polaco goza de una serie de especificidades propias tanto del concepto unitario de autor como de la teoría de la participación, planteando diversas dificultades interpretativas en lo relativo a su aplicación a los delitos especiales.

También se abordan determinadas cuestiones de la Parte Especial del Derecho Penal, fundamentalmente relativas al Derecho Penal económico y al Derecho Penal del medio ambiente. Al margen de ambos sectores el Profesor *Urs Kindhäuser* estudia el problema que plantea aplicar las normas de la Parte General del Código Penal alemán al

§ 243 (referido a los casos graves de robo). La contribución de la doctora *Maria Eder-Rieder* se centra en el análisis de las lesiones de bagatela en el marco de los delitos de lesiones corporales en el Derecho austríaco y en el comentario y crítica de las reformas más recientes que permiten al fiscal la renuncia puntual a la persecución penal sólo para los casos de lesiones corporales leves por imprudencia.

En el ámbito del Derecho Penal económico, el estudio del Profesor *Peter Cramer* se refiere a la punibilidad de la utilización y divulgación de información privilegiada según el Derecho alemán, fundamentalmente con base en las prescripciones de carácter penal que introduce la 2.^a Ley de Fomento del Mercado Financiero, que entró en vigor en enero de 1995, en aplicación de la normativa de la Comunidad Europea. La contribución del Profesor *Klaus Lüderssen* se refiere extensamente a la posibilidad de exigir responsabilidades penales a los notarios por el incumplimiento de sus obligaciones, pues en ocasiones pueden dar lugar a la realización de algunos delitos del Código Penal alemán. Un tema de eminente actualidad es abordado por el Profesor *Winfried Platzgummer* y por el Doctor *Wolfgang*, la corrupción de extranjeros. Se trata de una cuestión de gran interés, pues las empresas nacionales, para poder competir en el extranjero, pueden tener que recurrir a prácticas de este tipo. Los autores estudian las posibilidades de sancionar tales comportamientos en virtud del Código Penal austríaco, comentando los problemas que surgen respecto de la ley penal austríaca en el espacio, pues los hechos que se analizan tienen siempre una relación con el extranjero. El Doctor *Eckart Rainer* analiza los delitos contra los bienes artísticos y culturales, consistentes habitualmente en robos, daños, destrucción e incluso en la receptación de los mismos, y propone diversas medidas para luchar contra este tipo de criminalidad dotada de un alto grado de especialización. El Doctor *Herbert Steininger* estudia desde la perspectiva del Derecho Penal austríaco el delito de quiebra imprudente y las relaciones que surgen con la reciente ley sobre el concurso de acreedores que entró en vigor en enero de 1995.

Uno de los problemas más trabajados por el homenajeadado, y respecto del cual se puede decir que es un auténtico especialista, es el Derecho Penal del medio ambiente. El Derecho del medio ambiente tiene un carácter eminentemente internacional que es puesto de manifiesto por el Profesor *Frank Höpfel* —este carácter se deriva no sólo de los elementos que conforman el medio ambiente, sino también del propio medio ambiente como bien jurídico susceptible de protección penal, pues éste no conoce fronteras—, quien aborda algunas cuestiones problemáticas en este ámbito como las sanciones más adecuadas

—penales o administrativas— o la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El carácter internacional del medio ambiente y de las conductas contrarias al mismo se manifiesta también en un fenómeno estudiado por una persona muy cualificada en este ámbito, el Profesor *Günter Heine*. Su estudio se centra en la criminalidad del medio ambiente que traspasa las fronteras nacionales de los Estados, en concreto, el tratamiento penal de la contaminación por residuos que van a parar a otros países que es lo que en alemán se denomina «*Abfalltourismus*». El Profesor *Bernd Schönemann* destaca la necesidad de que el Derecho Penal asegure la conservación de los fundamentos de la vida, sin cuya presencia no existiría la vida humana en sociedad. Su contribución se centra principalmente en el estudio de las cuestiones fundamentales del Derecho Penal del medio ambiente, entre las que destaca el problema de si se puede considerar la lesión de bienes jurídicos ecológicos como injusto merecedor de pena, el problema de la accesoriadad administrativa en el marco del Derecho del medio ambiente, así como la estructura de los delitos en el Derecho Penal del medio ambiente. El Doctor *Herbert Wegscheider* se ocupa de la evolución histórica del Derecho Penal del medio ambiente en Austria.

En la obra que se comenta se abordan también temas relativos a la Criminología, a la política criminal, a la penología y al Derecho penitenciario. Entre las contribuciones de carácter criminológico se puede incluir la del Profesor *Axel Montenbruck*, que pone en relación el tiempo con el marco de las penas fijadas en el Código Penal. Estudia el concepto de tiempo desde el punto de vista histórico, filosófico, sociológico (tiempo social), psicológico y biológico. Finalmente relaciona los diversos períodos de la vida con las fases de la pena privativa de libertad, extrayendo conclusiones respecto de su tiempo de duración (15 años como máximo) con base en los datos extraídos previamente desde las diversas perspectivas. También cabe incluir aquí la contribución del Profesor *Josef Kürzinger*, centrada en el importante papel desempeñado por Johann Christian Gottlieb Schaumann en el comienzo de la psicología criminal en Alemania. Es uno de los primeros que realizó un sistema científicamente argumentado y aceptable de tal ciencia en Alemania, y de ahí su interés.

En el marco de la política criminal el Profesor *Gunther Arzt* aborda el proceso de americanización de la justicia, y la influencia que tal proceso tiene en los principios inspiradores del Derecho Procesal penal y también del Derecho Penal material. El Profesor *Christian Bertel* estudia la conciliación extrajudicial desde una perspectiva político-criminal. Si bien la normativa de menores en Austria prevé la posibilidad de que el fiscal retire la demanda en caso de que el autor

se haya disculpado ante la víctima y haya reparado total o parcialmente los daños, la cuestión reside en si tal posibilidad puede ser aplicable al Derecho Penal de adultos. Opina, entre otras cosas, que la conciliación entre delincuente y víctima en el marco del Derecho Penal de adultos ha de excluir el proceso penal sólo en casos menos graves, fundamentalmente para delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales y que están sancionados con pena de multa o con privación de libertad no superior a un año. En la discusión político-criminal habida desde finales del siglo pasado uno de los problemas más debatidos ha sido el relativo a las penas cortas privativas de libertad, el cual centra el estudio del Profesor *Günter Kohlmann*. Plantea este autor la posibilidad de proceder a la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, sobre todo en la lucha contra la criminalidad pequeña y mediana. Se pregunta si no sería necesario, en determinados casos excepcionales, imponer y también ejecutar las penas cortas privativas de libertad, aunque es consciente de las consecuencias negativas derivadas de la ejecución de tales penas, sobre todo si lo que se pretende es su orientación hacia el objetivo resocializador. El Profesor *Thomas Weigend* destaca la tendencia actual a la ampliación del Derecho Penal y al mismo tiempo el dominio de las dificultades de prueba. Estudia el autor la evolución que en las últimas décadas ha tenido el efecto recíproco entre los problemas de prueba y las modificaciones del Derecho Penal material en Alemania. En su opinión se ha de reaccionar contra la tendencia a la ampliación del Derecho Penal mediante el reconocimiento de sus peculiaridades, y se debe ser estricto en los límites formales del Derecho Penal tales como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad y el principio *in dubio pro reo* entre otros. El Profesor *Heinz Müller-Dietz* se pregunta si existen progresos en la ciencia penal, y para responder expone las dos tendencias existentes en la doctrina, una que rechaza la expansión del Derecho Penal, su distorsión y ampliación, y otra que califica la sociedad actual como una «sociedad de riesgo», y aboga por una ampliación eficaz del Derecho Penal como medio de «aseguramiento futuro». En su opinión, la respuesta a la pregunta de qué se ha de entender por progreso en el ámbito del Derecho Penal ha de proceder del recurso a los derechos humanos, los cuales pertenecen tanto a las víctimas como a los autores. La Profesora polaca *Eleonora Zielińska* hace un recorrido por las reformas más importantes llevadas a cabo tanto en la Parte General como en la Parte Especial del Derecho Penal polaco desde el proceso democrático de reforma.

En el ámbito de las sanciones el Profesor *Kazimier Buchala* analiza el principio «no hay pena sin culpabilidad» en su doble vertiente, como fundamento y como límite de la pena, en el Código Penal polaco. Si bien el texto vigente de 1932 no regula expresamente tal principio, a diferencia de los Códigos austríaco y suizo, el proyecto de Código Penal polaco de 1993 recoge en su artículo 1 § 3 la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad criminal, y en el artículo 52 la culpabilidad como límite de la pena. El Profesor *Jürgen Meyer* destaca la necesidad de reforma del sistema de sanciones en el Derecho Penal atendiendo especialmente a la conciliación delincuente-víctima, codificada expresamente en Derecho Penal juvenil alemán donde es ampliamente aplicada.

En cuanto al Derecho Penitenciario, el Profesor *Udo Jesionek* estudia las diversas medidas introducidas en Austria por la reforma del Derecho Penitenciario de 1993. Tales medidas producen efectos compensatorios respecto de las consecuencias negativas que se derivan de la vida en prisión e inciden en las posibilidades de resocialización, fundamentalmente las introducidas en el ámbito del trabajo en las prisiones, como por ejemplo la remuneración del trabajo y la posibilidad de que los trabajadores presos reciban las prestaciones por desempleo.

El libro contiene también un apartado dedicado al Derecho Penal internacional, tema ampliamente estudiado por el homenajead (no se ha de olvidar su Tesis doctoral relativa al estudio dogmático de la evolución del Derecho Penal Internacional material desde Nuremberg). Los mayores especialistas presentan sus trabajos sobre los temas más relevantes en esta materia. Entre ellos se encuentra una auténtica autoridad, el Profesor *M. Cherif Bassiouni*, quien realiza algunas reflexiones sobre la extradición desde el punto de vista del Derecho Penal internacional. El Profesor *Albin Eser* se centra en lo que en lengua inglesa se denominan «defences», entendidas como los medios de defensa, tanto procesales como de Derecho Penal material, que se pueden oponer en los casos de crímenes de guerra. Entre ellas destaca extensamente el obrar en virtud de obediencia debida, el estado de necesidad, la legítima defensa, la colisión de deberes, el consentimiento de la víctima, el error, la alegación de las necesidades de guerra, la inmunidad de los jefes de Estado, etc... El Profesor *Günther Kaiser* realiza un análisis de la función que desempeña el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura en relación con la prevención del abuso de poder, destaca los fines más relevantes de este comité y describe algunas experiencias prácticas del mismo, acentúa la importancia de algunos derechos de los detenidos para prevenir

actos de tortura y expone los posibles abusos que llevan a cabo los funcionarios de prisiones y el especial peligro que plantean algunos colectivos de detenidos, especialmente extranjeros, menores y mujeres. La asistencia judicial internacional en materia penal plantea ciertos problemas en el ámbito del Derecho austríaco que son expuestos y analizados en profundidad por el Profesor *Manfred Burgstaller*. El Profesor *Theo Vogler* pone de relieve la laguna existente en el sistema de protección creado a partir de la ley sobre asistencia judicial internacional en materia penal en Alemania, con motivo de un caso práctico planteado entre la justicia austríaca y la alemana.

En el capítulo dedicado al Derecho Penal y a la Psiquiatría, el Profesor *Gerhart Harrer* y su asistente *Christel Frank* estudian los problemas de las enfermedades neurológicas y su significado forense. Exponen determinados conocimientos médicos respecto de las enfermedades neurológicas, y finalmente abordan el significado que puede tener la génesis neurológica para el juicio médico de la capacidad de culpabilidad. La responsabilidad de los delincuentes mentalmente anormales es el tema de la contribución del Profesor *Bernhard Mittrauer*, quien sobre la base de datos empíricos fruto de su investigación elabora una serie de criterios generales de diagnóstico de la anomalía psíquica o mental grave.

También el Derecho Procesal penal tiene cabida en esta obra con las contribuciones de destacados autores. Las posibilidades de acceso de la víctima al proceso penal en Alemania a partir de la ley de protección a la víctima de 1986 es el tema de la contribución del Profesor *Rudolph Leibinger*, quien explica los problemas interpretativos que tal normativa plantea. El Doctor *Roland Miklau* aborda, frente al tradicional estudio de las facultades del juez durante la fase de instrucción en el proceso penal con la finalidad de otorgar garantías legales, el nuevo papel que desempeña el fiscal durante esta fase en Austria. También el proceso ante la jurisdicción de menores tiene cabida en este apartado, donde el Profesor *Klaus Schwaighofer* estudia los medios jurídicos de que dispone el representante legal del menor según la normativa austríaca, quien es parte en el proceso de menores y dispone de todos los medios jurídicos que le corresponden al inculgado, y además tiene derecho a conocer el comienzo del juicio oral así como todas las decisiones jurídicas que se tomen en relación con el joven inculgado.

La presente obra supone un importante paso adelante en la ciencia del Derecho Penal. En opinión del Profesor Schmöller, al hilo de la pregunta planteada por un autor sobre si hay progreso en Derecho Penal, el libro constituye un hito en el avance de la ciencia penal. En

efecto, la evolución de la ciencia penal es patente en trabajos como este, donde los autores presentan serias e innovadoras contribuciones que impulsan a esta ciencia hacia nuevas dimensiones. Por eso, es una obra plenamente recomendable no sólo a penalistas, sino también a todas aquellas personas que se interesan y desarrollan su labor en conexión con la ciencia penal.

Isidoro Blanco Cordero
Master en Criminología
Becario de Investigación del Gobierno Vasco
en el *Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Kriminologie* de la Universidad de Salz-
burgo (Austria).

ÍNDICE

Págs.

SECCIÓN DOCTRINAL

<i>La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	5
<i>Derechos Humanos y respuestas a la delincuencia (reflexiones desde una ética de valores máximos)</i> , por Antonio Beristain	113
<i>Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo</i> , por Elena Larrauri	133
<i>La reincidencia en el Código Penal de 1995</i> , por Rosario de Vicente Martínez ...	169
<i>Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal</i> , por Esteban Juan Pérez Alonso	185
<i>El delito de piratería</i> , por Alicia Rodríguez Núñez	211
<i>Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales</i> , por Isidoro Blanco Cordero	263
<i>La regulación de la eutanasia en Holanda</i> , por Carmen Tomás y Valiente	293
<i>Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal Español de 1995</i> , por Eduardo Demetrio Crespo	323
<i>Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de Jakobs</i> , por Beatriz de la Gándara Vallejo	363
<i>La comisión por omisión como problema dogmático</i> , por Ángeles Cuadrado Ruiz ..	387
<i>La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito</i> , por Montserrat Abad Castelos	457
<i>Una explicación dual del castigo. Comentario crítico de la propuesta de Von Hirsch y Hörnle</i> , por María Martín Lorenzo	533

CRÓNICAS EXTRANJERAS

<i>Sistema penal y transición a la democracia en México: bases para su análisis y tendencias</i> , por Alejandro González Gómez	561
<i>Investigación y enjuiciamiento de los «delitos de cuello blanco» en el sistema judicial norteamericano</i> , por María Ángeles Gutiérrez Zarza	579

SECCIÓN LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro	655
--	-----

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio</i> , por Ramon Ragués y Vallès	787
---	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

815

BIBLIOGRAFÍA

911

